

WERTERSATZ ODER GEWINNHAFTUNG?

Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs bei der
Rückabwicklung rechtsgrundloser Leistungen
im deutschen und im amerikanischen Recht

INAUGURAL - DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Albrecht - Ludwigs - Universität
zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von

Rainer Jagmann

aus Dachtmissen

1979



Digitized by the Internet Archive
in 2026

WERTERSATZ ODER GEWINNHAFTUNG?

Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs bei der
Rückabwicklung rechtsgrundloser Leistungen
im deutschen und im amerikanischen Recht

INAUGURAL - DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Albrecht - Ludwigs - Universität
zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von

Rainer Jagmann

aus Dachtmissen



Dekan: Prof. Dr. Detlef Liebs

Referent: Prof. Dr. Peter Schlechtriem

Korreferent: Prof. Dr. Hans Stoll

Tag der mündlichen Prüfung: 18.12.1979

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Einführung	1
ERSTER TEIL: Die Rückabwicklung nach amerikanischem Recht. - The Law of Restitution -	
Erster Abschnitt: Die Grundlagen der Restitution	5
A. Die Gründe für die Rückabwicklung von Leistungen	9
I. Willensmängel	9
1. Mistake of Fact (Tatsachenirrtum)	9
a. Misunderstanding (Dissens)	9
b. Mistake in Assumption (Voraussetzungs- irrtum)	10
c. Mistake in Integration (Abfassungsirrtum) ..	11
d. Mistake in Performance (Leistungsirrtum) ...	12
2. Mistake of Law (Rechtsirrtum)	12
3. Innocent Misrepresentation (veranlaßter Irrtum)	12
4. Fraud (arglistige Täuschung).....	13
5. Duress, Undue Influence (rechtswidrige Drohung, Ausbeutung)	14
II. Übrige Rückabwicklungsgründe	15
1. Defective Capacity (mangelnde Geschäfts- fähigkeit)	15
2. Illegality (Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot)	16
3. Formmangel	16
B. Rescission (Die Anfechtung und Aufhebung des Vertrags)	16
C. Die Rechtsbehelfe in der Rückabwicklung	18
I. Legal Remedies (Rechtsbehelfe nach Common Law) .	19
1. quasi-contract. Indebitatus Assumpsit	19
a. Historische Entwicklung	19
b. Die Fallgruppen von Indebitatus Assumpsit die "common counts"	23
2. Dingliche Klagen. Trover, Replevin, Detinue	23
II. Equitable Remedies (Rechtsbehelfe nach Equity Recht)	25

1. Constructive trust	25
a. Anwendungsbereich	25
b. Die Vorteile, die der constructive trust bietet	29
aa. Specific Restitution	29
bb. Herausgabe des erzielten Gewinns	29
cc. Konkursvorrecht	30
dd. Vorteile in der Zwangsvollstreckung	32
2. Accounting for profits	33
3. Equitable Lien	34
4. Subrogation	35
5. Reformation	35
6. Rescission	36
 Zweiter Abschnitt: Die Herausgabeverpflichtung	 36
A. Der Gegenstand des Restitutionsanspruchs	36
I. Gegenständliche Leistungen: Leistungen von Geld oder Rechten an beweglichen Sachen, Grundstücken und anderen Vermögenswerten	 36
1. Die Leistung einer Geldsumme	37
a. Beispielsfälle	37
b. Zinsleistungspflicht	39
2. Leistung von Rechten an beweglichen Sachen, Grundstücken und anderen konkreten Vermögens- werten	 40
a. Common Law	41
aa. quasi-contract	41
bb. Trover	43
cc. Replevin/Detinue	43
b. Equity. Constructive Trust	45
c. Die Herausgabe von Früchten und Gebrauchs- vorteilen	47
aa. Quasi-Contract und Constructive Trust. Die Regelung des Restatements of Resti- tution	47
bb. Trover und Replevin	50
II. Nicht-gegenständliche Leistungen: Die Erbrin- gung von Dienst- und Werkleistungen und die Einräumung von Gebrauchsvorteilen	 50
1. Quantum Meruit. Contract-Implied-In-Fact und Contract-Implied-In-Law	52

	Seite
2. Dienst- und Werkleistungen	55
3. Einräumung von Gebrauchsvorteilen	60
4. Zinsleistung	61
B. Gewinnhaftung im Restitutionsrecht	62
I. Common Law. Waiver of Tort	62
1. Die Herausgabe des Veräußerungsgewinns	64
2. Die Herausgabe von Gewinnen, die durch den Gebrauch einer Sache erzielt worden sind	70
3. Zusammenfassung	72
II. Equity: Constructive Trust and Accounting for Profits	73
1. Herausgabe von Veräußerungserlösen	75
a. Verkaufsgewinne infolge von Wertsteigerung des Erlangten	75
aa. Der Schutz des Minderheitsaktionärs	75
bb. Übrige Fälle	77
b. Erlöse durch gewinnbringende Investition des Geleisteten	79
2. Herausgabe von Gewinnen, die durch den Be- trieb eines erhaltenen Unternehmens erlangt worden sind	82
3. Herausgabe von Gewinnen, die mit zum Gebrauch überlassenen Gegenständen erzielt worden sind .	84
4. Auswertung der Entscheidungen und Zusammen- fassung	87
III. Die Regelung des Restatement of Restitution und die Stellungnahmen in der Literatur	90
1. "Conscious Wrongdoing" als Voraussetzung der Gewinnhaftung	90
2. Die abweichende Auffassung KELLMANNS	91
IV. Übersicht: Die Fallgruppen der Gewinnhaftung ...	93
1. Verletzung eines Treueverhältnisses	93
2. "Conscious Wrongdoing"	95
3. Verletzung von Immaterialgüterrechten	97
V. Der Umfang der Gewinnhaftung	99
1. Anrechnung von Kosten	99
2. "Tracing"	99
3. "Apportionment"	100
4. "profits on the profits"	101
Zusammenfassung	102

ZWEITER TEIL: Die Rückabwicklung von Leistungen
nach deutschem Recht. - Das Recht
der ungerechtfertigten Bereicherung -

Erster Abschnitt: Der Gegenstand des Bereicherungs- anspruchs	105
A. Leistung von Gegenständen	110
I. Die Rückführung des geleisteten Gegenstandes in das Vermögen des Leistenden als Ziel der Kondiktion	110
II. Der Wertersatzanspruch des § 818 Abs. 2 BGB. Der Begriff "Wert"	113
III. Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs in der Zwangsvollstreckung	121
IV. Der Bereicherungsanspruch im Konkurs des Schuldners	123
B. Nicht gegenständliche Leistungen	126
I. Die nicht-gegenständliche Leistung als Ver- mögenswert und Anspruchsgegenstand	128
II. Die Ersparnis notwendiger Ausgaben und der Verwendungserfolg als Gegenstand des Bereiche- rungsanspruchs	130
III. Eigene Stellungnahme	132
C. Zusammenfassung	137
 Zweiter Abschnitt: Die Gewinnhaftung in den Fällen der Leistungskondiktion	 140
A. Die Rechtsprechung zum Recht der ungerechtfertig- ten Bereicherung	142
I. Die Herausgabe des durch den Verkauf des ge- leisteten Gegenstandes erzielten Erlöses	142
1. § 818 Abs. 1 BGB	142
2. § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB	149
3. Herausgabe von Wertsteigerungen. Der Zeit- punkt der Wertermittlung	164
a. Die Rechtsprechung	165
b. Die Literatur	166
II. Herausgabe von Gewinnen, die durch nutz- bringenden Gebrauch des Erlangten entstanden sind	169
1. Die Herausgabe von Geldnutzungen	173
2. Die Herausgabe von Unternehmensnutzungen	181

	Seite
3. Die Herausgabe von Nutzungen in den übrigen Fällen	189
B. Die Herausgabe von Gewinnen nach anderen Vorschriften	192
I. §§ 687 Abs. 2, 681, 667 BGB	192
II. § 985 in Verb. mit § 281 BGB	193
III. §§ 823, 826, 989, 990, 992 in Verb. mit § 252 BGB	194
C. Der Umfang der Gewinnhaftung nach § 687 Abs. 2 BGB.	195
I. Die Anrechnung von Kosten	195
II. Eigene Beitragswerte des Gewinnhaftenden	196
III. Folgegewinne ("profits on the profits")	198
D. Zusammenfassung	200
I. Die Verpflichtung des gutgläubigen Bereicherungsschuldners	200
II. Die Verpflichtung des bösgläubigen Bereicherungsschuldners	204
III. Der Umfang der Gewinnherausgabepflicht	205
 DRITTER TEIL: Die dogmatischen Grundlagen für die Ausgestaltung des Bereicherungsanspruchs als Gewinnherausgabe- oder als Wert- ersatzanspruch	
Einleitung: Konkrete oder abstrakte Orientierung des Bereicherungsanspruchs	206
Erster Abschnitt: Die Ausbildung der dogmatischen Grundlagen für eine Gewinnhaftung in der älteren Dogmatik	209
A. Die Übernahme der abstrakten Orientierung des Be- reicherungsanspruchs aus dem gemeinen Recht (STIEVE, VON MAYR, FISCHER)	209
B. Der Verlust der haftungsbegrenzenden Funktion des Tatbestandsmerkmals "auf Kosten"	215
C. Der Bereicherungsanspruch als Sanktion für rechts- widriges Handeln. "Das System der Rechte auf den Eingriffserwerb (SCHULZ)	219
D. Die Gewinnhaftung als Folge der Lehre vom Zuweisungsgehalt (WILBURG)	224

Zweiter Abschnitt: Die Ablehnung der Gewinnhaftung in der modernen Lehre vom Zuweisungsgehalt. Rückforderung und Vergütung als Ziel der Kondiktion (VON CAEMMERER)	228
Dritter Abschnitt: Die Neubegründung einer Gewinnhaftung in der neueren Dogmatik	236
A. Die Anknüpfung an die von SCHULZ und WILBURG entwickelten dogmatischen Grundlagen	236
I. Die Gewinnhaftung als Sanktion für den rechtswidrigen Eingriff	236
1. Die Wiederbelebung des Systems der Rechte auf den Eingriffserwerb (JAKOBS)	238
2. Neuere Lehren	241
II. Die Gewinnhaftung als Folge des Zuweisungsgehalts von Rechtspositionen (WILHELM)	245
III. Zusammenfassung: Die Gewinnhaftung als Anspruch aus Rechtsverletzung ...	248
B. Die Gewinnhaftung als Konsequenz der abstrakten Orientierung des Bereicherungsanspruchs	249
I. Die Wertersatzhaftung als Verstoß gegen bereicherungsrechtliche Grundprinzipien	249
II. Abstrakte Orientierung des Bereicherungsanspruchs auf Grund von § 818 Abs. 2 BGB. Die Lehre vom subjektiven Wert (KOPPENSTEINER)	251
Vierter Abschnitt: Eigene Stellungnahme	253
A. Abstrakte oder konkrete Orientierung des Bereicherungsanspruchs?	253
I. Gewinnhaftung, Wertersatzhaftung und das Dogma der Vermögensverschiebung	253
II. Die abstrakte Orientierung des Bereicherungsanspruchs und die Materialien zum BGB	257
1. § 10 des Vorentwurfes, §§ 818 Abs. 2, 951 BGB.	259
2. § 6 Abs. 3 des Vorentwurfes, § 740 des Entwurfes, § 818 Abs. 1 BGB	260
3. Die Verpflichtung zur Herausgabe von Nutzungen	263
4. § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB	265
5. Ergebnis	270
B. Die Argumente für und wider die Gewinnhaftung. Darstellung und Kritik	270
I. Die Verpflichtung aus § 281 BGB und der Wortlaut des § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB als Rechtfertigung?	271

II. Die Gewinnhaftung als Folge bereicherungsrechtlicher Risikoverteilung?	271
III. Zuweisung des Gewinns an den Berechtigten? ...	273
IV. Die Gewinnhaftung als Sanktion für widerrechtliches Handeln?	276
V. Die Gewinnhaftung zu Lasten des gutgläubigen Schuldners als Widerspruch zum gewährten Vertrauensschutz	278
C. Die Annäherung der Standpunkte	279
I. Die Ausschaltung der Gewinnhaftung durch die Berücksichtigung hypothetischer Kausalverläufe und die Grundsätze der Risikoverteilung.	280
II. Die Verteilung des Gewinns nach dem Verhältnis der Beitragswerte	282
III. Schlußfolgerung: Die Gewinnhaftung als besondere Sanktion des Immaterialgüterrechts	282
D. Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs, bestimmt aus der Funktion des Bereicherungsrechts ..	285

RECHTSVERGLEICHENDE ZUSAMMENFASSUNG

A. Die Zersplitterung des Restitutionsrechts	289
B. Der Inhalt des Restitutionsrechts	290
C. Der Gegenstand des Anspruchs	290
I. Leistung eines konkreten Gegenstandes	290
1. Naturalrestitution oder Wertersatz	290
2. Der Rückgewähranspruch im Konkurs	292
3. Die Erstreckung der Herausgabepflicht auf Nutzungen	293
II. Nicht-gegenständliche Leistungen (Dienst- oder Werkleistung, Einräumung eines Gebrauchsvorteils)	294
D. Die Gewinnhaftung des Leistungsempfängers im amerikanischen und im deutschen Recht	295
I. Die Definition des Begriffs "Gewinnhaftung" ..	295
II. Ergebnisse	295
III. Die dogmatischen Grundlagen der Gewinnhaftung	297
1. Amerikanisches Recht	297
a. "waiver of tort"	297
b. "constructive trust"	298
2. Deutsches Recht	299
E. Schlußfolgerungen	301

	Seite
Literaturverzeichnis	302
Verzeichnis der zitierten amerikanischen Entscheidungen	319
Verzeichnis der zitierten englischen Entscheidungen	331
Abkürzungsverzeichnis	332

EINFÜHRUNG

Einem Anspruch auf Herausgabe von Gewinnen sieht sich nach deutschem Recht der eigenmächtige Geschäftsführer ausgesetzt, der bewußt fremde Rechtsgüter rechtswidrig für eigene Zwecke einsetzt. Er hat alles, was er aus der "Geschäftsbesorgung" erlangt, herauszugeben, §§ 687 Abs.2, 681, 667 BGB. Umstritten ist dagegen, ob zusätzlich noch eine Gewinnhaftung auf der Basis des Bereicherungsrechts existiert, die im Gegensatz zu der Gewinnhaftung des eigenmächtigen Geschäftsführers nicht an subjektive Voraussetzungen gebunden wäre.

In neueren Darstellungen des Rechts der ungerechtfertigten Bereicherung wird immer häufiger die Auffassung vertreten, daß der Schuldner eines Bereicherungsanspruchs nicht nur Herausgabe des Erlangten und Wertersatz schulde, sondern daß die Bereicherungshaftung sich grundsätzlich auch auf die Gewinne erstrecke, die der Schuldner unter Verwendung des Erlangten erwirtschaftet hat.¹⁾ Damit wird eine Frage, die in Lehrdarstellungen und Kommentaren traditionell nur im Zusammenhang mit dem Bereicherungsanspruch aus unberechtigter Verfügung, § 816 Abs.1 BGB, kontrovers erörtert worden ist, grundsätzlich für sämtliche Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung zur Diskussion gestellt.

Die vorliegende Untersuchung versteht sich als ein Beitrag zu dieser Diskussion. Ihr geht es vor allem um die Feststellung, mit welchem Ergebnis sich die Rechtsprechung mit dieser Alternative: Wertersatz oder Gewinnhaftung befaßt hat. Darüber hinaus soll die Entwicklung, die die Dogmatik des Bereicherungsrechts zu dieser Frage genommen

1) KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 161 ff.; REEB, S. 100; ERMAN-H.P. WESTERMANN § 818 Rdnr. 18; desgleichen ESSER, SchuldR. B.T. § 104 II 1 b, S. 369

hat, aufgezeigt und die in der Diskussion verwandten Argumente einer kritischen Würdigung unterzogen werden.

Das Hauptaugenmerk der Untersuchung ist dabei auf die Fallgruppe der Leistungskondiktion gerichtet. Insbesondere wird die Rechtsprechung nur insoweit dargestellt, als ihre Entscheidungen Sachverhalte der Leistungskondiktion betreffen.

Die Beschränkung auf eine Fallgruppe des Bereicherungsanspruchs ist geboten, weil in die Untersuchung rechtsvergleichend das amerikanische Recht einbezogen worden ist. Bei einer im eigenen Recht aufgeworfenen Frage, deren Beantwortung noch umstritten ist, lohnt sich ein Blick auf eine andere Rechtsordnung und die in ihr angebotenen Problemlösungen. Das amerikanische Recht erscheint für einen solchen Vergleich besonders geeignet, da sich in ihm mit den Rechtsfiguren "constructive trust", "accounting for profits" und "waiver of tort" Instrumente für eine theoretisch umfassende, nicht an verengende subjektive Voraussetzungen geknüpfte Gewinnhaftung finden, so daß es von besonderem Interesse ist, ob und inwieweit von ihnen in der Praxis tatsächlich Gebrauch gemacht worden ist¹⁾.

Ein Vergleich zweier Rechtsordnungen kann aber nicht im Rahmen dogmatischer Kategorien erfolgen. Er ist vielmehr nur möglich als ein Vergleich der rechtlichen Regelungen, die bestimmte tatsächliche Verhältnisse in den verschiedenen Rechtsordnungen erhalten haben. Rechtsvergleichung ist nur als Vergleich von Falllösungen denkbar²⁾. Die Leistungskondiktion, die die Rückabwicklung von fehlgeschlagenen Leistungen und die Rückabwicklung von Leistungen nach Erledigung des Kausalverhältnisses regelt³⁾, erfaßt eine abgegrenzte und daher vergleichbare Gruppe

1) Von einer umfassenden, nicht an subjektive Voraussetzungen geknüpften Gewinnhaftung im anglo-amerikanischen Recht geht KELLMANN aus, Grundsätze der Gewinnhaftung, S. 20 ff., insbes. S. 67 ff., näher dazu unten S. 91 ff.

2) Vgl. ZWIEGERT/KÖTZ I, S. 43 ff.

3) VON CAEMMERER, Festschrift für Rabel S. 342 (Ges.Schr. I S. 218).

von Fallkonstellationen. Sie aus den Tatbeständen des Bereicherungsanspruchs für einen Vergleich auszuwählen, erschien auch deswegen angebracht, weil die Fälle der Leistungskondition für die gesetzliche Regelung der ungerechtfertigten Bereicherung im deutschen Recht das Modell abgaben, während die Bereicherung "in sonstiger Weise" ursprünglich lediglich als Anhang durch Verweis auf die Leistungskondition geregelt war¹⁾.

Die Arbeit ist in drei Teile gegliedert.

Im ersten Teil wird dargestellt, wie die Rückabwicklung von Leistungen im amerikanischen Recht geregelt ist, was den Gegenstand des Rückabwicklungsanspruchs bildet und in welchen Fällen die Rechtsprechung den Empfänger einer Leistung zur Herausgabe von Gewinnen verpflichtet.

Der zweite Teil untersucht Entsprechendes für die deutsche Rechtsordnung.

Im dritten Teil soll der Gang der dogmatischen Entwicklung zur Gewinnhaftung in der deutschen Rechtswissenschaft geschildert werden. Ihn beschließt eine eigene Stellungnahme des Verfassers.

Den Abschluß der Arbeit bildet eine rechtsvergleichende Zusammenfassung, die auch als erster Überblick über die Arbeit dienen kann.

Vorweg ist zu klären, was im Folgenden unter den Begriffen "Gewinnhaftung" und "Wertersatz" verstanden wird.

Einer Gewinnhaftung unterliegt derjenige Bereicherungsschuldner, der die Erträge herauszugeben hat, die er unter Verwendung des ihm rechtsgrundlos geleisteten Gegenstandes erwirtschaftet hat.

Wertersatz schuldet er dagegen, wenn er nur den Leistungsgegenstand oder dessen Wert herauszugeben und eine

1) Vgl. BGHE I, §§ 737 - 748; KÜBEL, Vorentwurf II, Abschnitt II, Tit. 8.

wertmäßige Vergütung für den Gebrauch des geleisteten Gegenstandes zu zahlen hat, die erwirtschafteten Erträge aber für sich behalten darf.

Das am häufigsten erörterte Beispiel bildet der Verkauf des rechtsgrundlos Erlangten. Gewinnhaftung bedeutet für diesen Fall die Verpflichtung, auch den über den Marktwert des verkäuften Gegenstandes hinaus erzielten Erlösanteil herausgeben zu müssen. Einer Gewinnhaftung unterliegt der Bereicherungsschuldner ebenso, wenn er Miet- oder Pächterträge auch insoweit herausgeben muß, als sie den objektiven Miet- oder Pachtwert der überlassenen Sache übersteigen.

Wertersatz schuldet dagegen derjenige Schuldner, der für den Gebrauch einer geleisteten Sache, z.B. einer Maschine, eine wertmäßige Vergütung zu zahlen hat, nicht aber den durch den Gebrauch erwirtschafteten Gewinn, z.B. die durch den Einsatz der Maschine erreichte Ertragssteigerung, herauszugeben verpflichtet ist.

Die Verpflichtung zum Wertersatz umfaßt auch die Verpflichtung zur Herausgabe bzw. zum Ersatz der natürlichen Früchte des Leistungsgegenstandes, soweit der Leistungsempfänger dort erntet, wo schon der Leistende gesät hat. Entspringt die Fruchtziehung dagegen eigener Initiative des Leistungsempfängers, bilden die Früchte nach der hier verwandten Begriffsbestimmung einen Gewinn. Wertersatz würde in diesem Fall nur die Zahlung einer Vergütung für den Gebrauch, ausgerichtet am objektiven Pachtwert, bedeuten.

Es versteht sich von selbst, daß sich die Frage nach einer Gewinnhaftung nur dann stellt, wenn der erwirtschaftete Ertrag abzüglich der angefallenen Kosten größer ist als der als Wertersatz zu leistende Betrag. Ist das nicht der Fall, gewinnt nicht das Problem der Gewinnhaftung Bedeutung, sondern es stellt sich die Frage, inwieweit der Wegfall bzw. die Minderung der Bereicherung die Herausgabepflicht des Bereicherungsschuldners berühren, § 818 Abs. 3 BGB.

ERSTER TEIL

DIE RÜCKABWICKLUNG VON LEISTUNGEN NACH AMERIKANISCHEM RECHT

- The Law of Restitution -

Erster Abschnitt: Die Grundlagen der Restitution.

Ein Rechts- oder Vermögenserwerb, der zu Lasten eines Dritten erfolgt ist, bedarf diesem gegenüber einer Rechtfertigung. Kann der Erwerb nicht gerechtfertigt werden, hat der Benachteiligte, auf dessen Kosten der Erwerb gegangen ist, einen Anspruch, der den Erwerber zur Rückerstattung des Erworbenen verpflichtet.

Dieser Rechtsgrundsatz, der im deutschen Recht der Regelung der §§ 812 - 822 BGB zugrundeliegt, ist auch im amerikanischen Recht als "principle of unjust enrichment" anerkannt¹⁾.

KEENER und WOODWARD haben in ihren 1893 und 1913 erschienenen Monographien zum Recht der Quasikontrakte in der "unjust enrichment" des Schuldners die Grundlage der quasikontraktlichen Ansprüche gesehen²⁾ und dem Restatement of the Law of Restitution des American Law Institute³⁾, erschienen 1937, wurde dieser Grundsatz vorangestellt:

"A person who has been unjustly enriched at the expense of another is required to make restitution to the other."⁴⁾

-
- 1) Zu den einzelnen Elementen dieses Prinzips vgl. GOFF/JONES, S. 11 ff.
 - 2) KEENER, S. 19; vgl. die Definition der quasikontraktlichen Ansprüche bei WOODWARD, S. 4: "legal obligations arising, without reference to the assent of the obligor, from the receipt of a benefit the retention of which is unjust, and requiring the obligor to make restitution."
 - 3) Zur Funktion und Bedeutung der Restatements vgl. ZWEIGERT/KÖTZ I, S. 306 f.
 - 4) § 1 des Restatements; aus der Rechtsprechung vgl. Witmer v Brosius' Estate 184 Kan. 273, 336 P. 2d 455 (1959).

Bis heute ist es aber noch nicht gelungen, ausgehend von diesem Prinzip, ein allgemeines Recht der ungerechtfertigten Bereicherung zu entwickeln, das den anderen zivilrechtlichen Rechtsbereichen, dem Law of Contracts und dem Law of Torts, gleichberechtigt zur Seite gestellt werden könnte¹⁾. So beklagt DOBBS²⁾, daß das "principle of unjust enrichment" erst spät Eingang in das Rechtsdenken gefunden habe. Die konkrete Ausgestaltung des Rückabwicklungsrechts auf der Grundlage dieses Prinzips sieht er noch als Zukunftsaufgabe an.

Verantwortlich für die beklagte "Verspätung" ist die ursprüngliche Trennung von "common law"- und "equity"-Gerichten³⁾ und das Aktionensystem des Common Law⁴⁾, dessen prozessuale Schranken bewirkten, daß sich mehrere Fallgruppen - nach der Terminologie kontinentaler Rechtsordnungen - bereicherungsrechtlicher Ansprüche unabhängig voneinander auf dem Boden verschiedener Klageformen entwickelten, ohne daß das den Ansprüchen zugrundeliegende gemeinsame Prinzip gesehen werden konnte⁵⁾.

Obwohl das duale System der "law-" und "equity-courts" der Vergangenheit angehört und auch die prozessualen Schranken des Aktionensystems längst gefallen sind, sollte man auch heute noch den Einfluß dieser historischen Eigenheiten im amerikanischen Rechtsleben nicht unterschätzen⁶⁾. Vor allem die Gliederung des Rechtsstoffes ist noch durch die alten Aktionsformen mitbestimmt. Das Restitutionsrecht

1) Dieses Ziel zu erreichen, schwebte den Verfassern des Restatement of Restitution vor, SEAVEY/SCOTT 54 L.Q.Rev. 29 (1938).

2) DOBBS, Remedies, S. 225 ff.

3) Zur historischen Entwicklung: DAVID/GRASMANN, S. 339 ff.

4) Vgl. dazu DAVID/GRASMANN, S. 328 ff.; ZWIEGERT/KÖTZ I, S. 229 ff.

5) DOBBS, S. 225; ZWIEGERT/KÖTZ II, S. 264. Der erste Ansatz, den Ansprüchen eine gemeinsame Basis zu geben, findet sich in der berühmten Entscheidung LORD MANSFIELDS in *Moses v MacFerlan* (1760) 2 Burr. 1005, 97 Eng.Rep. 676, vgl. unten S. 21 und FRIEDMANN, S. 25 ff.

6) Berühmt ist der Ausspruch MAITLANDs, *The forms of action*, S. 1: "The forms of action we have buried, but they still rule us from their graves". In der Entscheidung *Janiszewski v Behrmann* 345 Mich. 8, 75 N.W.2d 77 (1956) wurde noch die Frage der Verjährung danach beurteilt, welche Klageform der Kläger gewählt hatte.

zeichnet sich daher durch eine fortdauernde starke Zersplitterung aus, die einen systematischen Überblick über die Materie nur im beschränkten Umfang erlaubt¹⁾.

Während im deutschen Recht das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung sich nicht mit der Frage zu befassen braucht, ob und aus welchen Gründen ein Bereicherungsanspruch zu gewähren ist, und erst seine Aufgaben findet, wenn in Anwendung der Normen des Vertragsrechts die fehlende Rechtfertigung für den Erwerb festgestellt worden ist, kennt das amerikanische Recht diese "horizontale" Trennung nicht²⁾. Ausgehend von den alten Klageformen entwickelt es eigene Regeln für jeden einzelnen Grund der Rückabwicklung³⁾. Die Beantwortung der Frage, ob überhaupt ein Grund für die Rückabwicklung vorliegt, bleibt dabei eine Aufgabe des Restitutionsrechts⁴⁾.

Diese Vermischung zweier im deutschen Recht getrennter Rechtsmaterien trägt nicht nur viel zu der erwähnten Zersplitterung des Restitutionsrechts bei, sondern hat vor allem zur Folge, daß das Hauptaugenmerk der Wissenschaft bei der Behandlung restitutionenrechtlicher Fälle auf die vertragsrechtlichen Probleme, die bei der Feststellung des Grundes der Rückabwicklung auftreten, gerichtet ist.

Die Fragen des Gegenstandes und des Umfangs des Anspruchs, des Wertersatzes, der Herausgabe von Nutzungen

1) DOBBS, S. 225; DAWSON, S. 111; WADE, 19 *Hast.L.J.* 1087 (1968) zählt z.B. 30 relevante topics des "digest system" auf, unter denen restitutionenrechtliche Fälle klassifiziert werden. Einen speziellen topic "restitution" gibt es nicht. In der Enzyklopädie "American Jurisprudence 2d" werden Fragen des Restitutionsrechts in insgesamt 26 Abschnitten behandelt; im Abschnitt "restitution and implied contracts" (*Am.Jur.* 2d 66 (1973)) findet sich dagegen nur ein Ausschnitt, dafür aber eine ausführliche Behandlung familienrechtlicher Ausgleichsansprüche, §§ 29 - 57.

2) DAWSON, S. 113; VON CAEMMERER, *Festschr. f. Rabel*, S. 343 ff. (*Ges. Schr.* I, S. 219 ff.); ZWIGERT/KÖTZ II, S. 270 ff. Allerdings hat der Grund der Rückabwicklung auch im deutschen Recht in einigen Fällen Einfluß auf die Gestaltung der Rückabwicklung: §§ 814, 817, 819 BGB.

3) Vgl. die Gliederung im *Restatement of Restitution*.

4) Bedauert wird dieser Umstand von DAWSON, S. 113 f. und DOBBS, Vorwort XIV - XV.

und des Wegfalls der Bereicherung, deren Behandlung im deutschen Recht als eigentliche Aufgabe dem Bereicherungsrecht obliegt, geraten demgegenüber nur in geringem Umfang in den Blickpunkt wissenschaftlicher Betrachtung. Das Restatement of Restitution, dessen Behandlung des "Right of Restitution" insgesamt 159 Paragraphen umfaßt, beschäftigt sich dabei nur in neun Paragraphen mit der "measure of recovery" (§§ 150 - 159). In dem Abschnitt "Restitution And Implied Contract" der American Jurisprudence 2d¹⁾ findet man nur eine Wiederholung dieser Regeln. Auffallend ist dabei, wie wenig Rechtsprechung in diesem Abschnitt zitiert wird. In den Case-Books des Restitutionsrechts von DAWSON/PALMER und WADE wird man einen Abschnitt mit dieser Thematik vergeblich suchen²⁾.

Allerdings darf man nicht übersehen, daß bereicherungsrechtliche Fragen im amerikanischen Recht häufig schon bei der Prüfung der Aufhebbarkeit eines Vertrages mitberücksichtigt werden. So kann der Wegfall der Bereicherung beim Empfänger oder das Unvermögen des Leistenden, die Gegenleistung zurückzugewähren, schon dazu führen, daß eine Aufhebung des Vertrages von den Gerichten abgelehnt wird³⁾.

Dennoch kann man sich des Eindrucks nicht verwehren, daß diese Fragen im amerikanischen Recht von geringerem praktischen und wissenschaftlichen Interesse sind⁴⁾. Ein erstaunliches Ergebnis, bedenkt man den Umfang und die Fülle des deutschen Schrifttums zu diesen Fragen.

1) Am.Jur.2d 66 (1973).

2) Gleiches gilt für das englische Lehrbuch von GOFF/JONES.

3) DOBBS, S. 726; 3 CORBIN § 606; 12 WILLISTON § 1460.

4) Eine etwas ausführlichere Behandlung findet sich für die "restitution for breach of contract": 4 CORBIN §§ 1112, 1113; 12 WILLISTON §§ 1478 - 1489.

A. Die Gründe für die Rückabwicklung von Leistungen.

Da Fragen der technischen Abwicklung der Restitution im allgemeinen im Zusammenhang mit den Erörterungen der Gründe für eine Rückabwicklung und damit für jeden Rückabwicklungsgrund gesondert behandelt werden, ist es zum Verständnis notwendig, die Rückabwicklungsgründe kurz darzustellen.

I. Willensmängel.

1. Mistake of Fact (Tatsachenirrtum).

Einer der am häufigsten erörterten restitutionenrechtlichen Ansprüche ist das quasikontraktliche Anspruch auf Rückzahlung von Geld "paid under mistake of fact"¹⁾.

Die Irrtumsarten, deren Vorliegen beim Vertragsschluß oder bei der Leistung zur Rückforderung berechtigen, kann man mit PALMER²⁾ in vier Fallgruppen einteilen:

a. Misunderstanding (Dissens).

Mit "misunderstanding" werden die Fälle des versteckten Dissenses bezeichnet. Wenn beispielsweise bei einem Verkauf eines Grundstücks wegen objektiver Mehrdeutigkeit der Erklärungen die Vertragsparteien jeweils ein anderes Grundstück als Vertragsgegenstand ansahen³⁾ oder wenn bei einem Werkvertrag jede Partei von einem anderen Vertragspreis ausgegangen ist als der Vertragspartner⁴⁾, gehen die Gerichte davon aus, daß ein Vertrag, ein "meeting-of-the-minds", nicht zustandegekommen und daher der Leistungsempfänger zur Herausgabe verpflichtet ist⁵⁾.

1) GOFF/JONES, S. 69 ff.; MUNKMAN, S. 21 ff.; STOLJAR, S. 19 ff.; WOODWARD, §§ 10 ff.; Rest. Restitution §§ 15 - 28.

2) PALMER, Mistake and Unjust Enrichment.

3) Stong v Lane 66 Minn. 94, 68 N.W. 765 (1896).

4) Shapiro v Soloman 42 N.J. Super. 377, 126 A.2d 654 (1956).

5) 3 CORBIN, § 599.

Ähnlich liegt der Fall der "indefiniteness"¹⁾. Sind die Vertragsangaben, z.B. hinsichtlich des Vertragsgegenstandes, zu ungenau, so daß eine Auslegung nicht weiterhilft, ist ebenfalls ein Vertrag nicht zustandegekommen, und es besteht eine Pflicht zur Herausgabe.

b. Mistake in Assumption (Voraussetzungsirrtum).

Mit "mistakes in assumptions" werden Irrtümer bezeichnet, die sich auf wesentliche Tatsachen beziehen ("basic assumptions"), von deren Existenz bzw. Fehlen die Parteien beim Vertragsschluß ausgegangen sind²⁾. Irrtümer, die dieser Gruppe zuzurechnen sind, sind z.B. der Kalkulationsirrtum³⁾, der Irrtum über wesentliche Eigenschaften des Vertragsgegenstandes⁴⁾ oder über die Person des Vertragsgegners und der Erklärungsirrtum⁵⁾. Rechtsfolge eines solchen Irrtums ist die Anfechtbarkeit ("avoidability") des Vertrags⁶⁾:

In Sherwood v Walker⁷⁾ waren beide Parteien eines Kaufvertrags über eine Kuh von der Unfruchtbarkeit der Kuh ausgegangen und hatten den Kaufpreis unter Berücksichtigung dieser Tatsache festgesetzt. Als sich im nachhinein herausstellte, daß die Kuh zur Zeit des Verkaufs trächtig gewesen war, konnte der Verkäufer den Kaufvertrag anfechten.

Eingeschränkt wird die Anzahl der erheblichen Irrtümer dieser Fallgruppe dadurch, daß im allgemeinen nur ein gemeinsamer Irrtum ("mutual mistake") beider Vertragsparteien rechtserheblich ist. Ein einseitiger Irrtum ("unilateral mistake") ist nur dann wesentlich, wenn der Vertragsgegner ihn erkannt hatte oder teilweise auch, wenn

1) 1 CORBIN, § 95; 1 WILLISTON, § 37; CALAMARI/PERILLO, § 23.

2) PALMER, S. 13; DOBBS, S. 722.

3) 3 CORBIN, § 609.

4) 3 CORBIN, § 605.

5) Jones Chemicals Inc. v City of Bingham 26 A.D.2d 710, 271 N.Y.S.2d 507, aff'd 20 N.Y.2d 808, 231 N.E.2d 288 (1967).

6) 13 WILLISTON, § 1541; Rest. Contracts § 502; dieser Gruppe wird auch der Fall der objektiven Unmöglichkeit zugerechnet: 3 CORBIN, § 600.

7) 66 Mich. 568, 33 N.W. 919, 11 Am.St.Rep. 531 (1887).

er ihn hätte erkennen können. Neuerdings wird diese formale Unterscheidung zwischen gemeinsamen und einseitigen Irrtum kritisiert, da sie die eigentlich wesentliche Fragestellung des Irrtumsrechts (Risikovertelung) verdecke¹⁾.

c. Mistake in Integration (Abfassungirrtum).

Haben sich die Parteien über den Vertragsinhalt geeinigt, unterläuft aber bei der schriftlichen Abfassung des Vertrages ein Fehler, kann die benachteiligte Partei eine Korrektur ("reformation") des schriftlichen Vertrages erreichen²⁾.

Gleiches gilt bei nicht der vertraglichen Einigung entsprechender Abfassung von Übereignungsurkunden ("deeds"), z.B. bei der Übertragung von Grundstücksrechten. Ist durch falsches Abfassen der Übereignungsurkunde mehr an Recht übertragen worden, als der Leistende übertragen wollte, hat "reformation" die Funktion eines bereicherungsrechtlichen Anspruchs³⁾.

Auch bei dieser Fallgruppe wird ein gemeinsamer Irrtum gefordert. Dieses Erfordernis soll in diesem Fall bewirken, daß "reformation" nur dann gewährt wird, wenn der Text der Urkunde die Einigung der Parteien nicht richtig wiedergibt. Gibt der Text nur die Vorstellungen einer Partei nicht richtig wieder, bestand keine Einigung. Eine Anpassung ist dann nicht möglich⁴⁾.

1) 3 CORBIN, § 608; PALMER, S. 81; die Anforderung des "mutual mistake" verhindert, daß ein Vertragspartner das Risiko ihm nicht bekannter Erwartungen des anderen trägt. Gleiches erreicht FLUME, Allg. Teil, § 24, 2b - f mit seiner Lehre vom geschäftlichen Eigenschaftsirrtum (dagegen LARENZ, Allg. Teil, § 20 II b, S. 333 f.)

Auch die Geschäftsgrundlage eines Vertrages wird nur von gemeinsamen Vorstellungen oder erkennbaren Vorstellungen einer Partei gebildet, PALANDT-HEINRICHS, § 242, Anm. 6

2) 3 CORBIN, § 614; PALMER, S. 17.

3) Vgl. Tyler v Larson 106 Cal.App.2d 317, 235 P.2d 39 (1951) und unten S. 32; es liegt dann zugleich ein Leistungsirrtum vor.

4) 3 CORBIN, § 614; PALMER, S. 17.

d. Mistake in Performance (Leistungsirrtum).

Ein Leistungsirrtum liegt vor, wenn der Leistende sich über das Bestehen oder den Umfang einer Leistungsverpflichtung irrt¹⁾, eine bestehende Schuld irrtümlich zweimal bezahlt²⁾, eine Leistung irrtümlich an einen Nichtberechtigten erbringt³⁾ oder irrtümlich eine fremde Schuld begleicht.

Der Leistende kann auf Grund seines Irrtums die Herausgabe seiner Leistung bzw. des Teiles der Leistung, den zu erbringen er nicht verpflichtet war, verlangen. Dabei handelt es sich um einseitige Irrtümer, bei denen im allgemeinen nicht wie bei der Fallgruppe (b) die Kenntnis des Leistungsempfängers vom Irrtum verlangt wird⁴⁾.

2. Mistake of Law (Rechtsirrtum).

Rechtsirrtümer, d.h. Irrtümer über die Existenz oder Anwendung von Rechtsvorschriften, sind nach einem Grundsatz des Common Law unbeachtlich⁵⁾. Dieser Grundsatz ist allerdings durch viele Ausnahmen durchbrochen⁶⁾, so daß bezweifelt werden kann, ob die Unterscheidung zwischen Rechts- und Tatsachenirrtum noch aufrechtzuerhalten ist⁷⁾. In der Literatur wird die Unterscheidung überwiegend kritisiert⁸⁾.

3. Innocent Misrepresentation (veranlaßter Irrtum).

Der vom Vertragsgegner hervorgerufene Irrtum wird im angloamerikanischen Recht als eine eigene, nicht dem Irrtumsrecht zugehörige Kategorie betrachtet.

-
- 1) McDonalds Corporation v Moore 237 F.Supp. 874 (S.C. 1965).
 - 2) In Re Berry 147 F. 208 (C.C.A. 2nd Cir. 1906).
 - 3) Home Sav. Bank v Rolando 14 A.2d 822 (Rh.I. 1940).
 - 4) PALMER S. 71; Tyler v Larson (FN. 3 S. 11)
 - 5) Rest. Restitution, § 45; 3 CORBIN, §§ 616, 617; WOODWARD, § 35; leading case ist Bilbie v Lumley 2 East. 469, 102 Eng.Rep. 448 (1802).
 - 6) Rest. Restitution, §§ 46 - 55.
 - 7) Vgl. KOCH, S. 61 ff. über die Zurückdrängung dieser Unterscheidung durch einzelstaatliche Normierungen.
 - 8) 3 CORBIN, §§ 616 ff.; 13 WILLISTON, § 1581; WOODWARD, § 35.

Der Begriff der "innocent misrepresentation" umfaßt schuldlos oder fahrlässig - auch konkludent - aufgestellte falsche Tatsachenbehauptungen, nicht bloße Meinungsäußerungen oder Rechtsbehauptungen¹⁾. Die falsche Tatsachenbehauptung muß wesentlich ("material") sein²⁾, was sie nach dem Restatement of the Law of Contracts immer dann ist, wenn sie geeignet ist "to affect the conduct of a reasonable man with reference to a transaction with another person" (§ 470).

Ist ein Vertrag durch eine "misrepresentation" zustande gekommen, kann er angefochten werden³⁾.

4. Fraud (arglistige Täuschung)

Die gleiche Rechtsfolge ergibt sich, wenn eine falsche Tatsachenbehauptung arglistig aufgestellt worden ist⁴⁾.

Arglistige Täuschung beim Vertragsschluß liegt vor, wenn die eine Partei durch eine falsche Tatsachenbehauptung der anderen Partei zum Vertragsabschluß bestimmt worden ist und die andere Partei die Unrichtigkeit der Behauptung kannte oder in Kauf nahm⁵⁾. Arglistige Täuschung kann aber auch dann vorliegen, wenn der Betreffende eine bestimmte Tatsache verschweigt ("concealment, non-disclosure") und eine Pflicht zur Aufklärung bestand⁶⁾.

So liegt nicht nur bei falschen Angaben über die Zahlungsfähigkeit eine arglistige Täuschung vor, sondern auch dann, wenn verheimlicht wird, daß ursprünglich

1) Rest. Contracts, §§ 470, 474; 12 WILLISTON, § 1487.

2) 12 WILLISTON, § 1490.

3) 12 WILLISTON, § 1500.

4) 12 WILLISTON, § 1488; Rest. Contracts § 477; nichtig ("void") ist dagegen ein Rechtsgeschäft, wenn der Handelnde über den Rechtscharakter des Geschäfts getäuscht wurde, Rest. Contracts, § 475, insbes. bei Täuschung über den Rechtscharakter einer vorgelegten Urkunde ("fraud-in-the-factum"), vgl. 13 WILLISTON, § 1488 FN 5 m.w.N.; FROEB, S. 44 ff.; DREXELIUS, S. 75 ff.

5) 12 WILLISTON, § 1487 A: "knowledge of the falsity or statements made with such utter disregard and recklessness that knowledge is inferred".

6) 13 WILLISTON, §§ 1497 ff.

richtige Angaben über die Zahlungsfähigkeit inzwischen nicht mehr der Wahrheit entsprechen, wenn der Vertragspartner sich auf diese Angaben über einen längeren Zeitraum hinweg verlassen können sollte¹⁾.

5. Duress, Undue Influence (rechtswidrige Drohung, Ausbeutung).

Hat der Leistungsempfänger den Leistenden durch die rechtswidrige Androhung eines Übels, z.B. durch die Drohung mit einer unberechtigten Strafanzeige²⁾, zur Leistung veranlaßt, hat der Leistende ein Rückforderungsrecht³⁾. Ein durch rechtswidrige Drohung erzwungener Vertragsschluß ist anfechtbar, Nichtigkeit ist die Rechtsfolge bei Anwendung von vis absoluta⁴⁾.

Ursprünglich war die Rechtserheblichkeit einer Drohung nur bei Anwendung körperlicher Gewalt, Freiheitsberaubung oder Drohung mit einem solchen Übel anerkannt ("duress of person")⁵⁾. In der weiteren Entwicklung wurde dann auch die Drohung durch Wegnahme oder Zurückhaltung von Sachen ("duress of goods") als rechtserheblich angesehen⁶⁾. Heute kommt es in den USA auf die Art des Drohungsmittels nicht mehr an⁷⁾.

Ist ein Vertrag in unfairer Ausnutzung eines Vertrauensverhältnisses⁸⁾ zustandegekommen, kann er nach den im equity-Recht entwickelten Grundsätzen über "undue influence" angefochten werden⁹⁾:

-
- 1) Atlas Shoe Co v Bechard 102 Me. 197, 66 A. 390 (1906).
 - 2) Cochrane v Nelson 45 S.D. 609, 189 N.W. 700 (1922), im all. 13 WILLISTON, §§ 1601 ff.
 - 3) Rest. Restitution, §§ 70 ff.
 - 4) Rest. Contracts, §§ 494, 495; 13 WILLISTON, § 1624.
 - 5) 13 WILLISTON, § 1601.
 - 6) 13 WILLISTON, §§ 1616 ff.; Murphy v The Brilliant Co. 323 Mass. 526, 83 N.E.2d 166 (1948).
 - 7) Rest. Contracts § 493, Comm. e; DAWSON, 45 Mich.L.Rev.
 - 8) Eltern - Kind, Anwalt - Klient, u.ä.
 - 9) 13 WILLISTON, § 1625.

In Eldridge v May¹⁾ hatte die Beklagte ihren greisen, geistesschwachen und vom Tode gezeichneten Bruder dazu gebracht, zu ihr zu ziehen und ihr als Gegenleistung für ein Pflegeversprechen seine gesamten Bankguthaben zu übertragen. Der Bruder starb dann vier Tage später. Seine Witwe und Testamentsvollstreckerin, der das Vorgehen der Beklagten verheimlicht worden war, konnte die inzwischen an die Beklagte ausgezahlten Guthaben herausverlangen, da sie durch "undue influence" erlangt worden waren.

Nach deutschem Recht wären entsprechende Verträge wegen Sittenwidrigkeit, § 138 BGB, nichtig²⁾.

Auch die Fälle des Wuchers i.S. von § 138 Abs. 2 BGB betrachtet das anglo-amerikanische Recht unter dem Gesichtspunkt der "undue influence"³⁾. Soweit "duress" von einzelnen Gerichten auch heute noch nur bei bestimmten Drohungsmitteln angenommen wird, kann diese Grenze durch die Annahme von "undue influence" überwunden werden⁴⁾. Das Recht der "duress" erfährt auf diese Weise eine Ergänzung, so daß eine genaue Abgrenzung von "duress" und "undue influence" nicht erfolgen kann⁵⁾.

II. Übrige Rückabwicklungsgründe.

Neben den Willensmängeln gibt es andere Rückabwicklungsgründe, deren spezielle Regelungen nicht näher dargestellt werden sollen:

1. Defective Capacity (mangelnde Geschäftsfähigkeit), soweit der Vertrag nicht die Leistung von "necessaries" ("goods suitable to the condition in life of such infant or minor or other person, and to his actual requirements at the time of the sale and delivery"⁶⁾ zum Inhalt hatte.

1) 129 Me. 112, 150 A. 378 (1930).

2) RG vom 12. 2. 1908 (V) = RGZ 67, 393; RG vom 19. 10. 1909 (II) = RGZ 72, 61 (68); RG vom 10. 1. 1927 (IV) = RG Warn. 1927, Nr. 46, S. 69.

3) ZWIEGERT/KÖTZ II, S. 113.

4) 13 WILLISTON, § 1603.

5) MPI - Gutachten, S. 123 f.

6) So die Definition in § 2 des Sales of Goods Act von 1883.

Rechtsfolge ist im allgemeinen Anfechtbarkeit¹⁾, in einigen Fällen Nichtigkeit²⁾ des Vertrages.

2. Illegality (Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot), soweit nicht bei beiderseitigem Verstoß gegen das Verbots-gesetz eine Rückabwicklung auf Grund der Rechtsparömie: "in pari delicto melior est causa possidentis (defenden-tis)" ausgeschlossen ist³⁾.

3. Formmangel

Eine besondere Stellung nehmen die sog. "unenforceable contracts" ein, vornehmlich Verträge, die gegen Formvor-schriften eines "statute of frauds" verstoßen⁴⁾. Eine Leistung, die auf Grund eines "unenforceable contract" erbracht worden ist, kann dann zurückgefordert werden, wenn der Vertragspartner die Erfüllung des Vertrages sei-nerseits ablehnt und der Leistende von der Erfüllungver-weigerung keine Kenntnis hatte⁵⁾.

B. Rescission (Die Anfechtung und Aufhebung des Vertrages).

Soweit das Vorliegen eines Rückabwicklungsgrundes nicht die Nichtigkeit, sondern nur die Anfechtbarkeit eines Vertrages zur Folge hat, bedarf es, bevor es zur Rückabwicklung kommt, der Anfechtung bzw. Aufhebung des Vertrages ("rescission").

Das amerikanische Recht unterscheidet zwei Formen der "rescission": die "rescission in equity" und die "rescis-sion in pais" nach Common Law. Welche Form der Restitu-tionsgläubiger zu wählen hat, richtet sich nach seinem wirtschaftlichen Interesse und nach dem Vertragsgegenstand.

1) 2 WILLISTON, §§ 226, 251.

2) MPI - Gutachten, S. 6.

3) Rest. Contracts §§ 598 ff.; CALAMARI/PERILLO, S. 574.

4) Zum "statute of frauds" vgl. ZWEIGERT/KÖTZ II, S. 52 f.

5) 2 CORBIN, § 321; DOBBS, S. 945.

Insbesondere wenn die Leistung in der Übertragung von Grundstücksrechten bestand, bedarf es wegen des förmlichen, in einer Übertragungsurkunde ("deed") niedergelegten Rechtsübergangs einer "rescission in equity"¹⁾. Im übrigen ist sie immer dann notwendig, wenn der Leistende eine Herausgabe des geleisteten Gegenstandes erreichen will ("specific restitution"). Denn nur "in equity" kann eine solche "specific restitution" angeordnet werden²⁾.

Ist eine gegenständliche Herausgabe nicht möglich, z.B. wenn der Leistende eine Dienst- oder Werkleistung erbracht hat, oder ist sie, wie es bei der Leistung von fungiblen Gegenständen regelmäßig der Fall sein dürfte, zur Befriedigung der wirtschaftlichen Interessen des Leistenden nicht notwendig, muß er mit einer Klage "at law" vorgehen³⁾ und kann Wertersatz verlangen⁴⁾. Die Aufhebung des Vertrags nach Common Law ist vor allem in Fällen arglistiger Täuschung und des veranlaßten Irrtums erörtert worden⁵⁾. Gleiches gilt aber auch in allen anderen Fällen der Rückabwicklung⁶⁾.

1) 12 Williston, § 1525, 13 a. a. O., § 1575; DOBBS, S. 230

2) Siehe unten S. 45 ff.

3) Rest. Contracts § 481, Comm. a; 11 WILLISTON, § 1370, 13 a. a. O., § 1557; DOBBS, S. 631; Note 36 Cal.L.Rev. 606, 614 (1947-48); Taylor v Brown 92 Ohio St. 287, 110 N.E. 739 (1915).

4) Siehe unten S. 40 ff.

5) 11 WILLISTON, § 1370, 12 a. a. O., § 1500; Taylor v Brown a. a. O. (FN 3); McCall v Superior Court 36 P.2d 642, 95 A.L.R. 1009 (Cal. 1934); Philpott v Superior Court 36 P.2d 635, 95 A.L.R. 990 (Cal. 1934); Passaic Valley Sewerage Com'Rs v Hoolbrook, Cabot & Rollins Co. 6 F.2d 721 (C.C.A. 3rd Cir. 1925); Severns v Boylan 75 Ohio App. 15, 60 N.E.2d 521 (1944); Lydle v Scott 157 F.Supp. 729 (Ohio 1957).

6) 11 WILLISTON, § 1371; vgl. für mistake: 13 WILLISTON, § 1557; Stowell Motor Car Co. v Hull 117 Misc.Rep. 789, 119 N.Y.S. 570 (1921); Beard v West Manor Apartments 130 A.2d 556 (Del. 1957); für duress: 13 WILLISTON, § 1627 B; für infancy: Casey v Kastel 237 N.Y. 305, 142 N.E. 671, 31 A.L.R. 995 (1924); Robertson v King 280 S.W.2d 402, 52 A.L.R.2d 1108 (Ark.1955); vgl. ferner Cal.Civ.Code §§ 1689, 1691.

In einigen New Yorker Entscheidungen wurde dem Kläger, der eine Geldleistung erbracht hatte, ein Wahlrecht zwischen einem Vorgehen "in equity" oder "at law" zugestanden¹⁾.

Der dogmatische Unterschied zwischen den beiden Arten der "rescission" besteht darin, daß bei einem Vorgehen "in equity" das Gericht den Vertrag aufhebt, während nach Common Law der Kläger selbst durch einseitige Erklärung den Vertrag anfecht und damit zum Wegfall bringt²⁾.

Voraussetzung für eine Aufhebung des Vertrages und damit für die Rückforderung des Geleisteten ist allerdings, daß der Rückfordernde selbst in der Lage ist, die Gegenleistung zurückzugewähren ("restitutio in integrum")³⁾. Seine Klage nach Common Law wird daher nur Erfolg haben, wenn er gleichzeitig die Rückgabe der Gegenleistung anbietet. Nach Equity-Recht ist ein gleichzeitiges Rückgabeangebot nicht erforderlich, da ein Urteil erlassen werden kann, dessen Wirksamkeit von der Rückgabe abhängig ist⁴⁾.

C. Die Rechtsbehelfe in der Rückabwicklung.

Wenn im folgenden von "Klagen" und "Rechtsbehelfen" gesprochen wird, so ist vorher darauf hinzuweisen, daß das Verlangen nach Restitution heute mit einer allgemeinen zivilrechtlichen Klage geltend gemacht wird. Die Klageformen des Common Law und weitgehend auch die Trennung in

1) Fitzgerald v Title Guarantee Trust Co. 290 N.Y. 376, 49 N.E.2d 489 (1943); Greenbaum v Baywood Homes 62 N.Y.S.2d 545 (1946); John Berg v Associated Spinners 108 N.Y.S.2d 388 (1951); vgl. auch Bellefeuille v Medeiros 335 Mass. 267, 139 N.E.2d 413 (1957).

2) Rest. Contracts § 481, Comm. a; Note a. a. O. (FN 3 S. 17); McCall v Superior Court a. a. O. (FN 5 S. 17); in Kalifornien existiert diese Unterscheidung seit 1961 nicht mehr, vgl. Paularena v Superior Court 231 Cal. App.2d 906, 42 Cal. Rptr. 366 (1965).

3) Rest. Restitution § 66; 4 CORBIN, § 1114 ff.; DOBBS, S. 292.

4) DOBBS, S. 622; Note a. a. O. (FN 3 S. 17).

Common-Law- und Equity-Gerichte existieren nicht mehr. "Restitution" selbst ist der Rechtsbehelf, den der Kläger geltend macht. Da sich aber durch die Abschaffung der prozessualen Formen das unter ihrer Herrschaft entwickelte materielle Recht nicht geändert hat, wird die rechtliche Erörterung auch weiterhin in der überkommenen Terminologie geführt. Die alten Klageformen dienen heute noch als "short expressions to identify some of the chief factual patterns in restitution cases at law"¹⁾.

I. Legal Remedies (Rechtsbehelfe nach Common Law).

1. quasi-contract. Indebitatus Assumpsit.

Die Assumpsit-Klage des Common Law ist die historische Quelle des anglo-amerikanischen Restitutionsrechts. Für einige Fallgruppen, in denen mit Assumpsit geklagt werden konnte, wurde am frühesten die Grundlage und Rechtfertigung der Klage in dem Prinzip der ungerechtfertigten Bereicherung gefunden.

a. Historische Entwicklung.²⁾

Mit Assumpsit konnte ein Kläger ursprünglich Schadenersatz verlangen, wenn der Beklagte es durch ein Versprechen ausdrücklich übernommen hatte ("assumpsit"), eine bestimmte Leistung zu erbringen, dieses Versprechen durch Schlechterfüllung brach und dem Kläger durch den Bruch des Versprechens einen Schaden zufügte³⁾. Der Bruch des Versprechens durch Schlechterfüllung war aber nicht im

1) DOBBS, S. 238.

2) grundlegend: AMES, 2 Harv.L.Rev. 1 ff., 53 ff. (1888-89), abgedr. in: AMES, Lectures on Legal History, S. 129 ff., 149 ff.; ferner MAITLAND, S. 55 ff.; WINFIELD, S. 3 ff.; JACKSON, History of Quasi-Contracts; GOFF/JONES, S. 6 ff.; DOBBS, S. 232 ff.; deutschsprachige Literatur: RHEINSTEIN, S. 22 ff.; FRIEDMANN, S. 19 ff.; ZWEIFERT/KÖTZ II, S. 264 ff.

3) Die ersten Fälle der assumpsit-Klage waren z.B.: ein Fährmann, der das Pferd des Klägers übersetzen sollte, brachte fahrlässig sein Boot zum Kentern, wodurch das Pferd ertrank; ein Schmied beschlug ein Pferd fehlerhaft, das deswegen lahmte, vgl. AMES, Lectures S. 130.

Sinne eines Verstoßes gegen eine obligatorische Verpflichtung die Grundlage der Klage. Assumpsit war ursprünglich keine Vertragsklage, sondern als Unterfall der Klage "trespass on the case" eine Klageform des Deliktsrechts. Das Versprechen des Schädigers zeigte nur, daß der Verletzte dem Schädiger vertrauen durfte und daher die Schadensverursachung dem Schädiger zuzurechnen sei und nicht etwa dem Verletzten selbst, der ja aus eigenem Antrieb sein Eigentum der Einwirkung eines Dritten ausgesetzt hatte¹⁾. Da nach Common Law ursprünglich Rechte nur aus solchen Verträgen, die in einer bestimmten Form, "under seal", geschlossen worden waren, gerichtlich geltend gemacht werden konnten²⁾, wurde aber Assumpsit zu einem Instrument, um auch formlos geschlossenen Verträgen Wirksamkeit zu verschaffen, ohne daß die Klage auf dem Gedanken eines bindenden Vertrages beruhte.

Von einer Klage auf Schadensersatz wegen Schlecht- und später auch wegen Nichterfüllung³⁾ wandelte sich Assumpsit zu einer Klage, mit der auch eine Leistung eingeklagt werden konnte. Sie begann auf diese Weise die Action of Debt⁴⁾ zu verdrängen. Mit der Action of Debt konnte geklagt werden, wenn der Beklagte eine bestimmte Geldsumme schuldete, sei es aus Vertrag⁵⁾, als Geldstrafe oder als durch Urteil zugesprochener Betrag⁶⁾. Da diese Klage für den Kläger prozessual nicht sehr vorteilhaft war - so konnte sich der Beklagte mit Hilfe von Eideshelfern freischwören ("wager of law")⁷⁾ -, versuchte er nachzuweisen, daß der Beklagte es ausdrücklich übernommen hatte, die bestehende Schuld auch zu erfüllen, um

1) AMES, Lectures S. 131 f.; RHEINSTEIN, S. 24 f.

2) RHEINSTEIN, S. 20 f.

3) AMES a. a. O., S. 138 ff.; RHEINSTEIN, S. 26 ff.

4) zur Action of Debt vgl. RHEINSTEIN, S. 16 ff.

5) z.B. als Kaufpreis, aus Darlehen.

6) WINFIELD, S. 5.

7) GOFF/JONES, S. 7; RHEINSTEIN, S. 21 f.

auf die prozessual vorteilhaftere Assumpsit-Klage ausweichen zu können. Gründete die mit der Action of Debt einklagbare Schuld in einem vertraglichen Versprechen, mußte der Beklagte also ein zusätzliches Versprechen abgegeben haben, nämlich die durch das vertragliche Versprechen begründete Schuld auch zu tilgen¹⁾.

Einen wichtigen Einschnitt in der Entwicklung von Assumpsit bildet die Entscheidung Slade's Case²⁾. In dieser Entscheidung wurde anerkannt, daß jeder Vertrag ohne weiteres ein "assumpsit" enthält, so daß neben dem Vertragsversprechen ein zusätzliches Erfüllungsversprechen nicht mehr nachgewiesen zu werden brauchte:

"Every contract executory imports in itself an assumpsit, for when one agrees to pay money or to deliver anything, thereby he assumes or promises to pay or deliver it."

Hiervon ausgehend konnte mit Assumpsit auch bei "implied-in-fact-contracts", d.h. stillschweigenden Vertragsabschlüssen, auf Erfüllung geklagt werden³⁾.

Die Grenze zur Bereicherungsklage wurde überschritten, als man sich auch mit einem fingierten Zahlungsversprechen ("contract-implied-in-law") als Grundlage einer Assumpsit-Klage begnügte. Indem ein Zahlungsversprechen des Empfängers einer ohne vertragliche Grundlage erbrachten Leistung fingiert wurde, konnten ungerechtfertigte Vermögensverschiebungen ausgeglichen werden⁴⁾.

Ein wesentlicher Schritt in Richtung auf einen eigenständigen restitutionenrechtlichen Anspruch wurde dann von LORD MANSFIELD in der Entscheidung Moses v MacFerlan⁵⁾ unternommen, indem er versuchte die Fiktion,

1) AMES a. a. O., S. 146; JACKSON, S. 42; MAITLAND, S. 57; RHEINSTEIN, S. 29.

2) 4 Co.Rep. 92 b, 76 Eng.Rep. 1072 (K.B. 1603)..

3) Warbrook v Griffin 2 Brownl. 254, 123 Eng.Rep. 927 (Common pl.1609); vgl. AMES, a. a. O., S. 149 ff.; WINFIELD, S. 7; RHEINSTEIN, S. 36 ff., jeweils m. w. N.

4) Z.B. bei irrtümlicher Zahlung an einen Nichtberechtigten: Bonnel v Foulke 2 Sid. 4, 82 Eng.Rep. 1224 (K.B.1657).

5) 2 Burr. 1005, 97 Eng.Rep. 1224 (K.B.1760).

eines Vertrages zu durchbrechen und den actions of indebitatus assumpsit eine eigenständige dogmatische Basis zu geben:

Moses hatte einen Wechsel an MacFerlan indossiert. Dieser nahm ihn trotz anderslautender schriftlicher Vereinbarung aus dem Wechsel in Anspruch. Da das Gericht sich nicht befugt sah, die Abrede außerhalb des Wechsels zu berücksichtigen und Moses zur Zahlung verurteilte, klagte dieser vor einem anderen Gericht (Court of King's Bench) auf Rückzahlung.

LORD MANSFIELD bestätigte zwar die im ergangenen Urteil vertretene Rechtsauffassung, gewährte aber dennoch die Klage Indebitatus Assumpsit auf Rückzahlung. Er stützte diese Klage aber nicht auf ein fiktives Zahlungsverprechen, sondern führte unter anderem aus:

"If the defendant be under an obligation, from the ties of natural justice, to refund, the law implies a debt, and gives action founded in the equity of the plaintiff's case, as it were upon a contract (quasi ex contractu as the Roman law expresses it) ... It lies only for money which ex aequo et bono the defendant ought to refund ... In one word, the gist of this kind of action is, that the defendant, upon circumstances of the case, is obliged, by the ties of natural justice and equity to refund the money."

Diesem Vorstoß, die Klage auf "natural justice and equity" zu gründen, war allerdings in England wenig Erfolg beschieden¹⁾. Weiterhin wurde ihre Grundlage in einem fiktiven Vertrag gesehen; zu vage und unsicher erschien den am case law geschulten Juristen "natural justice" und "aequum et bonum" als Grundlage einer Klage²⁾.

In den USA dagegen begann Ende des vorigen Jahrhunderts in Anschluß an Moses v MacFerlan die Anerkennung

1) Zur einsetzenden Kritik vgl. DAWSON S. 15 ff.; WINFIELD, S. 10 ff.

2) So LORD SUMNER L.J. in Baylis v Bishop of London (1930) 1 Ch. 127 (140):

"We are not now free to administer that vague jurisprudence which is sometimes attractively styled, 'justice as between man and man'", zur Änderung in neuerer Zeit vgl. GOFF/JONES, S. 12 ff.

des "principle of unjust enrichment" als gemeinsame Grundlage der Ansprüche aus Indebitatus Assumpsit¹⁾ und damit die Entwicklung eines eigenständigen Restitutionsrechts.

b. Die Fallgruppen von Indebitatus Assumpsit, die "common counts".

Die Erörterung der quasikontraktlichen Ansprüche orientiert sich gemeinhin an Fällen, in denen der Kläger mit der "action for money had and received" eine Geldsumme beansprucht, um die der Beklagte auf seine Kosten bereichert ist²⁾. Eine weitere Fallgruppe, die noch eingehend zu behandeln ist, betrifft Ansprüche wegen rechtsgrundloser Dienst- oder Werkleistungen ("quantum meruit").

Die Rückabwicklung rechtsgrundloser Leistungen beweglicher Sachen findet dagegen in den Abhandlungen des Rechts der Quasikontrakte verhältnismäßig wenig Beachtung³⁾. Der Grund ist darin zu sehen, daß bei Leistung von beweglichen Sachen der Kläger mit den "tort actions": "trover", "replevin" oder "detinue" vorgehen konnte, wenn der Beklagte eine Herausgabe verweigerte. Bei Geldleistungen waren dagegen diese Klagen nur gegeben, wenn der Kläger die geleisteten Geldstücke noch identifizieren konnte⁴⁾. Dennoch kann der Kläger auch bei Leistung von beweglichen Sachen mit Assumpsit vorgehen ("quantum valebat").

2. Dingliche Klagen. Trover, Replevin, Detinue.

Neben den quasikontraktlichen Rechtsbehelfen stehen dem Kläger die schon kurz erwähnten Rechtsbehelfe "trover" und "replevin/detinue"⁵⁾ zur Verfügung, wenn er

1) KEENER, a. a. O., WOODWARD, §§ 7 ff.; HAND, 11 Harv.L. Rev. 249 (1897-98).

2) Rest. Restitution §§ 15 ff.; GOFF/JONES, S. 69 ff.; WINFIELD, S. 37 ff.

3) Vgl. z.B. GOFF/JONES, S. 96.

4) MUNKMAN, S. 27; Furber v Stephens 35 F.17 (C.C.Mo. 1888).

5) Replevin und Detinue sind weitgehend durch gesetzliche Ansprüche ersetzt worden, vgl. DOBBS, S. 399 ff.

"personal property", hauptsächlich also bewegliche Sachen¹⁾, geleistet hat. "Trover", "replevin" und "detinue" werden zwar als "tort actions", also als deliktische Klagen klassifiziert²⁾, sie setzen aber kein Verschulden voraus, und da mit ihnen Wertersatz (trover) oder sogar Herausgabe des Leistungsgegenstandes (replevin/detinue) verlangt werden kann, werden sie auch als "restitutionary in character" angesehen und sollen deshalb an dieser Stelle Erwähnung finden³⁾. Geltend gemacht werden die Rechtsbehelfe vom Rechtsinhaber des geleisteten Gegenstandes. Sie sind gegen denjenigen gerichtet, der das Recht an einer fremden Sache, insbesondere durch Wegnahme oder Vorenthaltung des Besitzes der Sache, verletzt. Da das amerikanische Recht kein Abstraktionsprinzip kennt und der Rechtsübergang daher mit Vertragsschluß erfolgt, kann der Leistende dann mit diesen Rechtsbehelfen vorgehen, wenn ein Vertragsschluß nicht zustandegekommen ist⁴⁾ oder der Vertrag angefochten worden ist.

In den Fällen der Leistungskondition wird hauptsächlich mit "trover" oder "replevin/detinue" geklagt, wenn der Beklagte den Gegenstand durch eine arglistige Täuschung des Leistenden erlangt hat⁵⁾. Mit "trover" ist außerdem vorgegangen worden, wenn der Kläger sich über die Identität des Leistungsempfängers geirrt hatte⁶⁾ oder

-
- 1) Näheres bei PROSSER, S. 81; PROSSER/WADE, S. 91; HARPER/JAMES, § 2.13
 - 2) Sie werden daher im Rest. Restitution nicht behandelt, a. a. O., § 4, Comm. a; ebensowenig im Rest. Contracts, a. a. O., § 489, Comm. b.
 - 3) Den sachlichen Zusammenhang mit indebitatus assumpsit betont GLENN, 22 Va.L.Rev.859 (1936); vgl. auch DOBBS, S. 230 ff. und Ablah v Eyman 188 Kan.665, 365 P2d 181 (1961).
 - 4) Farraud & Votey Organ Co. v Board of Church Extension of Methodist Episcopal Church 54 P. 818 (Utah 1898).
 - 5) 11 WILLISTON, § 1370; DAWSON/PALMER, S. 312; WADE, S. 219; SEVERNS v Boylan (FN 5 S. 17).
 - 6) Wobei allerdings in den meisten Fällen eine argl. Täuschung vorlag. Saville v Wetch 58 Vt. 683, 5 A. 491 (1886); England: Ingram v Little 1 Q.B. 31 (1961); zum Ganzen FROEB, S. 50 ff.

wenn die Vertragsparteien sich in einem Irrtum über die Identität des Leistungsgegenstandes befanden¹⁾. Hat der Leistungsempfänger arglistig getäuscht, liegt schon in diesem Verhalten eine "conversion", die die Grundlage der Klage Trover bildet²⁾. In anderen Fällen liegt sie in der Verweigerung der Herausgabe³⁾.

Nach WILLISTON⁴⁾ ist in allen Fällen, in denen ein Vertrag aufgehoben werden kann, ein Vorgehen mit diesen Rechtsbehelfen möglich.

II. Equitable Remedies (Rechtsbehelfe nach Equity-Recht).

1. Constructive trust.

a. Anwendungsbereich.

Der wichtigste Rechtsbehelf, den das Equity-Recht dem Leistenden zur Verfügung stellt, ist der Constructive Trust, eine dem Trust-Recht entstammende Rechtsfigur. Ein Trust ist ein der Treuhand ähnelndes Rechtsverhältnis⁵⁾:

"a fiduciary relationship with respect to property subjecting the person by whom the title to property is held to equitable duties to deal with the property for the benefit of another person, which arises as a result of a manifestation of an intention to create it." 6)

Ein trust wird errichtet, indem eine Person ("settlor") einen beliebigen Vermögensgegenstand an einen Dritten ("trustee") überträgt und diesen verpflichtet, den Vermögensgegenstand zum Nutzen eines Begünstigten ("beneficiary, cestui que trust") zu verwalten ("express trust").

1) Chapman v Cole 12 Gray 141, 71 Am.Dec. 739 (Mass.1858).

2) HARPER/JAMES, § 2.16; GLENN a. a. O. (FN 3 S. 24).

3) HARPER/JAMES, a. a. O.; Casey v Kastel, a. a. O., (FN 6 S. 17); Great Western Smeltin & Refining Co. v Evening News ASS'N 139 Mich. 55, 102 N.W. 286 (1905).

4) 11 WILLISTON, § 1371.

5) Vgl. KÖTZ, Trust und Treuhand.

6) Rest. Trust (2d) § 2.

Das Trust-Vermögen ist durch diese Verfügung zwei Personen dinglich zugeordnet. Der trustee wird zwar "legal owner", seine Rechtsstellung ist aber durch das "equitable interest" des beneficiary begrenzt¹⁾.

Ein "constructive trust" dagegen entsteht nicht durch Rechtsgeschäft, sondern von Rechts wegen ("by operation of law"). Er dient in erster Linie der Sicherung des Bestandes des Trust-Vermögens. Erhält ein Dritter durch treuwidrige Verfügung des trustee unentgeltlich oder bei Entgeltlichkeit mit Kenntnis von der Treuwidrigkeit der Verfügung einen Vermögensgegenstand des trust, bleibt die dingliche Bindung erhalten. Der Dritte hält den Gegenstand "upon a constructive trust" zugunsten des beneficiary und ist zur Rückgabe verpflichtet²⁾. Einem constructive trust unterliegen auch die Vermögensgegenstände, die ein trustee unter Verletzung seiner Verpflichtungen durch Einsatz von Vermögen des trust erwirbt. Ob der trustee dabei freies Eigentum für sich erwerben wollte, ist dabei unerheblich³⁾. Der Begünstigte hat die Möglichkeit "to follow the property into its product (tracing)".

Der constructive trust dient weiter dazu, die uneigennützige Verwaltung des trust durch den trustee zu sichern. Da der trustee das Vermögen des trust zugunsten des beneficiary verwalten soll, gebührt jeder Vorteil, den der trustee aus einem im Zusammenhang mit seiner Verwaltungstätigkeit abgeschlossenen Geschäft erlangt, dem Begünstigten. Jeder auf diese Weise erlangte Vermögenswert ist deshalb mit einem constructive trust belegt.

1

1) Zur Rechtsnatur des "equitable interest" vgl. KÖTZ, S. 35 ff.; KELLMANN, a. a. O. (FN 1 S. 2) S. 31 ff.

2) 4 SCOTT, § 283 ff., 291 ff.

3) 3 SCOTT, § 202.

Leitentscheidung ist Keech v Sandford¹⁾:

Der trustee hatte ein Grundstück zugunsten des minderjährigen beneficiary gepachtet ("lease"). Der Verpächter weigerte sich nach Ablauf der Pachtzeit, den Pachtvertrag zugunsten des Minderjährigen zu verlängern. Es gelang aber dem trustee, einen neuen Pachtvertrag zu seinen Gunsten abzuschließen. Das Gericht zwang ihn zur Abtretung seiner Rechte an den beneficiary und zur Herausgabe der durch die Pacht erlangten Vorteile ("accounting for profits").

Dieser "Gewinnhaftung" durch Auferlegung eines constructive trust, d.h. der Pflicht zur Herausgabe eines im Zusammenhang mit der Stellung als trustee und damit im weitesten Sinne auf Kosten des beneficiary erlangten Vermögensvorteils, unterliegen nicht nur "express trustees", sondern auch die Personen, die auf Grund eines Treueverhältnisses ("fiduciary relationship") zur Wahrung von Vermögensinteressen eines anderen verpflichtet sind²⁾. Rechtsbeziehungen, die als Treueverhältnisse gewertet werden, bestehen beispielsweise zwischen Gesellschaftern einer Personengesellschaft, Direktoren einer Kapitalgesellschaft und dieser Gesellschaft, Arbeitgeber und leitenden Angestellten, "principal" und "agent" und Anwalt und Klient³⁾.

Bliebe der Anwendungsbereich des constructive trust auf Herausgabeansprüche in den geschilderten Fallgruppen beschränkt⁴⁾, könnte man ihn schwerlich den "restitutionary remedies" zuordnen. Denn Restitutionsfälle zeichnen sich ja gerade dadurch aus, daß sich die dem Kläger gegebenen Ansprüche nicht aus einem rechtsgeschäftlich begründeten Rechtsverhältnis herleiten lassen. Es bedurfte daher einer Ausweitung des Anwendungsbereichs des

1) Sel.Cas.t.King, 25 Eng.Rep. 223 (Ch.1726); vgl. ferner Re Francis (1905) All.E.R. 556.

2) 5 Scott, § 508.1 m. w. N.; Mile-O-Mo Fishing Club Inc. v Noble 62 Ill.App.2d 50, 210 N.E.2d 12 (1950).

3) Restatement Trust (2d) § 2 Comm. b.; DOBBS, S. 679 ff. m. w. N.

4) Das scheint in England der Fall zu sein: GOFF/JONES, S. 53; WATERS, S. 7 ff.; OAKLEY, Current Legal Probl. 26, S. 17 ff.

constructive trust. Sie erfolgte, als in der Entscheidung Newton v Porter¹⁾ auf die "fiduciary relationship" als Voraussetzung der Auferlegung eines constructive trust verzichtet wurde:

Diebe hatten dem Kläger "bearer bonds" (Inhaberoobligationen) entwendet, diese verkauft und mit dem Erlös andere Wertpapiere gekauft. Als sie gefaßt wurden, übergaben sie diese Wertpapiere den Beklagten, ihren Anwälten, als Vergütung für deren Dienste.

Das Gericht kam zu dem Ergebnis, daß die Diebe als constructive trustees hinsichtlich der gestohlenen Wertpapiere anzusehen seien. Der Kläger konnte daher auch auf die neu angeschafften Wertpapiere als Surrogate der gestohlenen zurückgreifen, und sie auch von den Beklagten herausverlangen, da diese wußten, daß die Wertpapiere mit dem Erlös aus dem Diebstahl erworben worden waren. Den Einwand, daß ein Treueverhältnis zwischen den Klägern und Dieben nicht bestanden habe, verwarf das Gericht:

"It would seem to be an anomaly in the law, if the owner who has been deprived of his property by a larceny should be less favorably situated in a court of equity, in respect to recover it, or the property into which it had been converted, than one, by an abuse of trust, has been injured by the wrongful act of a trustee to whom the possession of trust property has been confided." 2)

Doch nicht nur Diebe können zur Herausgabe des Erlangten mit Hilfe des constructive trust gezwungen werden. Inzwischen hat sich im amerikanischen Recht die Auffassung durchgesetzt, daß der constructive trust ein Rechtsbehelf des Restitutionsrechts ist, dessen Grundlage ebenfalls im Prinzip der ungerechtfertigten Bereicherung zu suchen ist:

"It should nevertheless be clear by now that the constructive trust in its modern form is a purely remedial device, aiming principally at the prevention of unjust enrichment." 3)

1) 69 N.Y. 133, 25 Am.Rep. 152 (1877); vgl. auch Corp. of Pres. Church v Jolley 24 Utah2d 187, 467 P2d 984 (1970).

2) A. a. O., N.Y. S. 139.

3) DAWSON, S. 32; ähnliche Äußerungen bei 5 SCOTT, § 462; POUND, 33 Harv.L.Rev. 421 (1920); CARDOZO in Beatty v Guggenheim Explo. 225 N.Y. 380, 122 N.E. 378 (1919); DOBBS, S. 246.

Eine Leistung, zu deren Erbringung der Leistende durch "mistake, fraud, duress, undue influence"¹⁾ veranlaßt worden ist, kann daher durch Auferlegung eines constructive trust rückabgewickelt werden. Die Pflichten, die dem trustee im allgemeinen gegenüber dem beneficiary obliegen, reduzieren sich dabei auf die Pflicht zur Herausgabe des geleisteten Gegenstandes oder dessen Surrogats²⁾.

b. Die Vorteile, die der constructive trust bietet.

Da der Kläger auch mit einem "legal remedy", d.h. mit einem Rechtsbehelf nach Common Law vorgehen kann - und im allgemeinen sogar muß, wenn der Rechtsbehelf ihn ausreichend schützt³⁾ -, fragt es sich, welche Vorteile ihm der constructive trust bietet.

aa. Specific Restitution.

Klagt der Leistende nach Common Law auf Rückabwicklung, wird er selten gegen den Willen des Beklagten eine Herausgabe des Leistungsgegenstandes erreichen können⁴⁾, sondern häufig auf Wertersatz verwiesen werden. Als beneficiary eines constructive trust dagegen kann er nicht nur die Herausgabe des geleisteten Gegenstandes in specie, sondern auch der mit diesem Gegenstand erlangten Surrogate verlangen⁵⁾.

bb. Herausgabe des erzielten Gewinns.

Hat der constructive trustee einen Gewinn erzielt, indem er den erlangten Gegenstand so vorteilhaft verwandte, daß die Surrogate den Wert der Leistung übersteigen, ist er, da er die Surrogate herausgeben muß, auch

1) Rest. Restitution §§ 160 ff.; 5 SCOTT, § 465 ff.

2) 5 SCOTT, § 462.1.

3) Rest. Restitution § 160 Comm e.; 5 SCOTT, § 462.3; DOBBS, S. 57 ff.; American Sugar Refining Co. v Fancher 145 N.Y. 552, 40 N.E. 206 (1895); Falk v Hoffmann 233 N.Y. 199, 135 N.E. 243 (1922); Baumel v Rosen 283 F.Supp.2d 168 (Maryland 1968).

4) Siehe unten S. 40 ff., insbes. S. 45 ff.

5) 5 SCOTT, §§ 507 ff.

zur Herausgabe eines erlangten Gewinns verpflichtet. Außerdem muß er auch die durch einen Gebrauch erzielten Gewinne herausgeben¹⁾.

cc. Konkursvorrecht.

Als der "equitable owner" des mit einem constructive trust belegten Gegenstandes ist der beneficiary gegenüber anderen Gläubigern des trustee bevorrechtigt. Wird der Leistende als beneficiary angesehen, kann er daher den geleisteten Gegenstand als auch dessen Surrogate im Konkurs des Leistungsempfängers aussondern, wenn er die Gegenstände im Vermögen des Schuldners identifizieren kann. Allerdings bedarf es nicht unbedingt der Rechtsfigur des constructive trust, um ein Aussonderungsrecht im Konkurs zu begründen. Hat der Leistende Waren oder andere bewegliche Sachen z.B. auf Grund eines durch arglistige Täuschung zustandegekommenen Vertrages geleistet, kann er durch Anfechtung des Vertrages ("rescission in pais")²⁾ nach Common Law den Rechtsübergang rückgängig machen und als Rechtsinhaber bevorrechtigt die Herausgabe verlangen³⁾. Schwierigkeiten ergeben sich aber, wenn Geld geleistet worden ist. Der Kläger müßte in bar geleistet haben und die geleisteten Geldzeichen noch identifizieren können⁴⁾. In diesem Fall hilft der constructive trust, da es dann zur Identifizierung ausreicht, wenn der Leistende das weitere Schicksal der Zahlung im Vermögen des Beklagten, etwa mit Hilfe von Bankauszügen, verfolgen kann⁵⁾. Allein mit Hilfe des constructive trust kann ein Konkursvorrecht auch dann nur erreicht werden, wenn Grundstücksrechte auf Grund eines fehlerhaften Vertrages geleistet

1) Siehe im einzelnen unten S. 73 ff.

2) Siehe oben S. 15 ff.

3) Thompson v Peck 115 Ind. 512, 18 N.E. 16 (1888); Manly v Ohio Shoe Co. 25 F.2d 384, 59 A.L.R. 413 (C.C.A. 4th Cir. 1928); weitere Nachweise bei 5A REMINGTON, §§ 2493 ff.; Note 79 Harv.L.Rev. 598 (1965-66).

4) Furber v Stephens (FN 4 S. 23).

5) Vgl. 5 SCOTT, § 515.

worden sind. Denn eine Anfechtung nach Common Law ist in diesem Fall nicht möglich¹⁾. Desgleichen kann sich der Leistende nur auf ein "equitable interest" als Begünstigter eines constructive trust berufen, wenn der Leistungsempfänger nur noch Surrogate in den Händen hält, da der Leistungsempfänger den "legal title" dieser Gegenstände erworben hat²⁾.

Ein Aussonderungsrecht im Konkurs ist dem Leistenden eingeräumt worden, wenn er bei einem Vertragsschluß arglistig getäuscht worden ist³⁾, insbesondere wenn bei einem Kreditkauf ein insolventer Käufer Zahlungsfähigkeit und Zahlungsbereitschaft vorgetäuscht hat⁴⁾. Nach § 2 - 702 des Uniform Commercial Code⁵⁾ muß der Leistende allerdings innerhalb von zehn Tagen nach Lieferung Rückgabe fordern, falls nicht der Käufer durch falsche schriftliche Angaben über seine Zahlungsfähigkeit in einem Zeitraum von drei Monaten vor Lieferung getäuscht hat. Ein arglistiges Verhalten wird auch darin gesehen, daß eine insolvente Bank Einlagen entgegennimmt, obwohl die leitenden Angestellten die Insolvenz kannten⁶⁾.

Außer in diesen häufiger vorkommenden Fällen ist ein Konkursvorrecht noch gewährt worden, wenn der Leistende irrtümlich⁷⁾, auf Grund arglistiger Täuschung⁸⁾

1) Siehe oben S. 17, FN 1.

2) Vgl. American Sugar Refining Co. v Fancher (FN 3 S. 29).

3) General Motors Acceptance Co. v Larson 159 A. 819 (N.J. 1932).

4) Manly v Ohio Shoe Co. (FN 3 S. 30); American Sugar Refining Co. v Fancher (FN 3 S. 29); vgl. REMINGTON a. a. O. (FN 3 S. 30); Note Harv.L.Rev. a. a. O. (FN 3 S. 30).

5) Vgl. hierzu WHITE/SUMMERS, UCC S. 241 ff.; DAWSON/PALMER, S. 431.

6) 5 SCOTT, § 529; Dewey v Commercial State Bank 41 P.2d 1006 (Kan.1935).

7) In Re Berry 147 F. 208 (C.C.A. 2nd Cir.1906); vgl. auch Watkins v Gorlick 323 P.2d 649 (Wash.1958); ferner die Entscheidung Re Bangor Trust Co. 317 Pa. 495, 178 A. 290 (1935), in der ein Konkursvorrecht allerdings nicht bestand, da eine Identifizierung des geleisteten Geldes nicht mehr möglich war.

8) Southern Coal Co. v McAlpine Coal Co. 56 P.2d 413 (Okla.1936).

oder Drohung¹⁾ eine Leistung erbracht hatte, obwohl eine Verpflichtung überhaupt nicht bestand oder wenn er irrtümlich an einen Nichtberechtigten geleistet hat²⁾. Fälle dieser Art sind allerdings seltener.

In der Literatur wird teilweise vor einer zu ausgedehnten Anwendung des constructive trust zur Begründung eines Konkursvorrechts gewarnt³⁾.

dd. Vorteile in der Zwangsvollstreckung.

Nicht nur im Konkurs, auch in der normalen Zwangsvollstreckung ist es für den Leistenden oftmals günstig, wenn ihm das Institut des constructive trust zur Verfügung steht. Ein Haus, daß der Leistungsempfänger für sich und seine Familie als Heimstätte ("homestead") erworben hat, bleibt ebenso wie die Versicherungssumme, die auf Grund seiner Lebensversicherung bei seinem Tode ausbezahlt wird, kraft gesetzlicher Regelung dem Zugriff seiner Gläubiger entzogen⁴⁾. Soweit der Leistende seinen Restitutionsanspruch mit einem "legal remedy" durchsetzen würde, könnte er daher auch dann nicht auf die Heimstätte oder die Versicherungssumme zugreifen, wenn der Kaufpreis bzw. die Prämien mit von ihm geleisteten Geld oder mit dem Erlös aus dem Verkauf geleisteter Gegenstände bezahlt worden sind. Als beneficiary eines constructive trust kann er dagegen auch auf diese

1) St. Louis & San Francisco Railroad Co. v Spiller 274 U.S. 304, 47 S.Ct. 635, 71 L.Ed. 1060 (1927), in der ein Konkursvorrecht an der mangelnden Identifizierungsmöglichkeit scheiterte; vgl. auch Berthold-Jennings Co. v St.Louis I.M. & S.R.Co 80 F.2d 32, 102 A.L.R. 688 (C.C.A. 8th Cir.1935); Love v North American Co. 229 F. 103 (C.C.A. 8th Cir.1915).

2) Potucek v Cordeleria Lourdes 310 F.2d 527 (C.C.A. 10th Cir.1962), cert.den. 372 U.S. 390, 83 S.Ct. 875, 9 L.Ed.2d 734 (1963); Home Sav. Bank v Rolando 14 A.2d 822 (Rh.I.1940).

3) DAWSON, S. 31.

4) 5 SCOTT, § 508.3.4.

Surrogate der "trust res" zugreifen und ihre Herausgabe verlangen¹⁾.

2. Accounting for Profits.

Ein trustee, der durch rechtmäßige oder unrechtmäßige Verwaltung des Trust-Vermögens Gewinne erwirtschaftet hat, ist nicht nur zur Herausgabe dieser Gewinne, sondern auch zur Rechnungslegung über die Gewinne verpflichtet ("accounting for profits")²⁾. Dieselbe Pflicht trifft denjenigen, der in einem Treueverhältnis Vermögensinteressen wahrzunehmen hat³⁾. Darüber hinaus ist accounting for profits von besonderer Bedeutung als ein Rechtsbehelf zur Durchsetzung sowohl einer Pflicht zur Rechnungslegung wie auch zur Gewinnherausgabe im Immaterialgüterrecht. Accounting for profits tritt insoweit an die Stelle des constructive trust. Der Rechtsbehelf kann auch als eine besondere Form des constructive trust bezeichnet werden⁴⁾. Er stellt im Immaterialgüterrecht eine wichtige Alternative zum Schadensersatzanspruch dar⁵⁾.

Wird ein Leistungsempfänger als constructive trustee angesehen, kann er ebenfalls mit diesem Rechtsbehelf zur Rechnungslegung und Gewinnherausgabe verpflichtet werden⁶⁾. Von Vorteil ist diese Möglichkeit, wenn die Identifizierung von Gewinnen im Vermögen des Leistungsempfängers bei komplizierten Wirtschaftsvorgängen schwierig ist oder dann, wenn der Leistungsempfänger die erlangten Vermögenswerte verkauft hat und der Leistende den Erlös nicht im Vermögen des Empfängers identifizieren und

1) 5 SCOTT, § 508.3.4.; DAWSON/PALMER, S. 159; Brodie v Barnes 56 Cal.App.2d 315, 132 P.2d 595 (1942); w. Nachw. in 24 A.L.R.2d 677 (1952).

2) 3 SCOTT, § 203.

3) Frier v J.W. Sales Co. 261 App.Div. 388, 25 N.Y.S.2d 576 (1941); Equity Co. v Groves 294 N.Y. 8, 60 N.E.2d 19 (1945).

4) DOBBS, S. 253; Hamilton-Brown Shoe Co. v Wolf Bros. & Co. 240 U.S. 251, 36 S.Ct. 269, 60 L.Ed. 629 (1916): "profits are then allowed as an equitable measure of compensation on the theory of a trust ex maleficio."

5) Siehe unten S. 97 ff.

6) Siehe unten S. 73 ff.

damit nicht mit einem constructive trust belegen kann¹⁾.

3. Equitable Lien.

Hat der Leistungsempfänger Surrogate erworben, die im Wert geringer sind als das ursprünglich Erlangte, ist der constructive trust für den Leistenden ein ungenügender Rechtsbehelf, da er als beneficiary nur diese Surrogate herausverlangen könnte, im übrigen aber leer ausginge. Der Leistende kann daher wahlweise in diesem Fall einen Anspruch auf Wertersatz geltend machen. Dieser Wertersatzanspruch wird durch ein Pfandrecht ("equitable lien") gesichert, so daß dem Leistenden in Höhe des Wertes der Surrogate ebenfalls ein Konkursvorrang eingeräumt ist²⁾.

Nur dieses Pfandrecht, nicht aber der Rechtsbehelf des constructive trust steht dem Leistenden zur Verfügung, wenn der Leistungsempfänger erlangtes Geld für Verwendungen auf eine ihm gehörende Sache verbraucht³⁾ oder mit eigenem Geld auf einem Bankkonto vermischt hat⁴⁾. In diesen Fällen erhält er ein equitable lien in Höhe des Wertes seiner Leistung an der Sache, der die Verwendungen zugute gekommen sind, bzw. an dem Bankguthaben. Das Restatement of Restitution räumt außerdem ein equitable lien demjenigen ein, der "induced by fraud, duress, undue influence, or mistake of such character that he is entitled to restitution" Verwendungen auf Sachen eines anderen erbringt⁵⁾.

1) Vgl. die Entscheidung *Fur Wool & Trading Co. v Fox* 245 N.Y. 215, 156 N.E. 670, 58 A.L.R. 181 (1927), die allerdings keinen Fall der Leistungskondiktion betraf: Dem Kläger waren Pelze gestohlen worden. Gegen den Hehler, der die Sachen zu einem dem Kläger unbekannten Preis weiterveräußert hatte, erhob er Klage auf Herausgabe des Kaufpreises. Der Richter CARDOZO bezog sich auf *Lightfoot v Davies* 198 N.Y. 261, 91 N.E. 582, 139 Am. St.Rep. 817 (1910), in der ausgeführt worden war: "... the cestui que trust may not only reclaim the trust property if he is able to trace it, but, failing to trace it, he is entitled to an accounting and personal judgment against the trustee". Vgl. 5 SCOTT, § 522.

2) Rest. Restitution § 161.

3) Rest. Restitution § 206.

4) Rest. Restitution §§ 209 ff.; 5 SCOTT, § 515.

5) Rest. Restitution § 170.

4. Subrogation.

Wenn der Leistende nachweisen kann, daß eine von ihm geleistete Geldsumme (oder der Erlös geleisteter Sachen) vom Empfänger dazu verwandt wurde, eine (z.B. durch ein "mortgage") gesicherte Schuld zu erfüllen, kann er all diejenigen Rechte geltend machen, die vor der Tilgung dem Gläubiger des Leistungsempfängers zugestanden hatten¹⁾. Es findet ein Gläubigerwechsel ähnlich dem der cessio legis statt:

In Whalen v Schumacher²⁾ hatte ein Grundstückseigentümer ein Grundstück (A) mit einer erstrangigen Hypothek belastet. Jeweils durch Fälschung eines Lösungsvermerks für die vorrangige Hypothek gelang es ihm, Darlehen gegen Einräumung von vier weiteren "erstrangigen" Hypotheken zu erhalten.

Etwas später hatte der Kläger dem Eigentümer ein Darlehen gewährt gegen Einräumung einer erstrangigen Hypothek an einem anderen Grundstück (B), das aber in Wirklichkeit auch schon belastet war. Das Darlehen hatte der Eigentümer zur Tilgung der echten erstrangigen Hypothek am Grundstück (A) verwandt. Als die Täuschungen entdeckt wurden, wurde dem Kläger die erstrangige Hypothek am Grundstück (A) zugesprochen, weil das ihm abgeschwindelte Geld zur Tilgung der Hypothek gedient hatte. Er konnte daher vor den anderen zeitlich früher betrogenen Gläubigern Befriedigung aus diesem Grundstück verlangen.

5. Reformation.

Hat z.B. bei einem Kaufvertrag über Grundstücksrechte³⁾ die Übertragungsurkunde ("deed") durch fehlerhafte Ausfertigung mehr an Rechten übertragen oder erfaßt sie eine größere Fläche, als es dem Willen der Parteien, wie er im Vertragschluß Ausdruck gefunden hat, entspricht, kann die benachteiligte Partei eine Berichtigung ("reformation") der Übertragungsurkunde verlangen und damit das gleiche Resultat wie durch eine Rückübertragung des zuviel Geleisteten erreichen⁴⁾.

1) Rest. Restitution § 162; DOBBS, S. 251; DAWSON, S. 36.

2) 176 Wis. 441, 187 N.W. 169 (1922).

3) Tyler v Larson 106 Cal.App.2d 317, 235 P.2d 39 (1951).

4) Vgl. insbesondere 3 CORBIN, §§ 614, 615; DOBBS, S. 256.

6. Rescission.

Schließlich ist auch die Vertragsaufhebung ("rescission") selbst zu den Rechtsbehelfen zu zählen, wenn der Leistende nicht selbst durch einfache Erklärung den Vertrag anfechten kann, sondern die Aufhebung des Vertrages nur "in equity" durch den Ausspruch des Gerichts erreichen kann¹⁾.

Zweiter Abschnitt: Die Herausgabeverpflichtung.

A. Der Gegenstand des Restitutionsanspruchs.

I. Gegenständliche Leistungen: Leistungen von Geld oder Rechten an beweglichen Sachen, Grundstücken und anderen Vermögenswerten.

Wie die deutsche Literatur²⁾ sieht auch das Restatement of Restitution in einer Vermögensverschiebung das Grundmodell des bereichernden Vorgangs³⁾: Ein Vermögenswert, der sich im Vermögen des (späteren) Restitutionsgläubigers befindet, wird durch Leistung - oder einen anderen Vorgang - dem Vermögen des (späteren) Restitutionsschuldners zugeführt. Der Restitutionsschuldner erhält auf diese Weise ein "benefit", er ist daher bereichert ("enriched"), während dem Restitutionsgläubiger ein entsprechender Verlust entsteht, die Bereicherung also auf seine Kosten ("at his expense") erfolgt. Fehlt für die Vermögensverschiebung ein rechtlicher Grund, bewirkt sie eine ungerechtfertigte Bereicherung ("unjustified enrichment").

1) Im einzelnen siehe oben S. 15 ff.

2) Statt aller vgl. STAUDINGER/LORENZ (12. Aufl.) vor § 812 SOERGEL/MÜHL, § 812, Rdnr. 4, 26; ESSER, Schr B.T./ Rdnr. § 100 I, S. 330; LARENZ, Schr B.T. § 68, S. 465.

3) Rest. Restitution § 1, Comm. a, d; ebenso GOFF/JONES, S. 11 ff.

Der Restitutionsanspruch, der zugunsten des Entreicherten die Abschöpfung dieser durch die Vermögensverschiebung entstandenen ungerechtfertigten Bereicherung bewirken soll, muß auf die Rückabwicklung dieser Vermögensverschiebung und damit auf die Rückführung des Vermögenswertes in das Vermögen des Entreicherten gerichtet sein. Ein solcher Anspruch geht auf die Herausgabe des Vermögenswertes oder einer Geldsumme entsprechend dem Wert, wenn eine Herausgabe in specie nicht erfolgen kann. Der erlangte Vermögenswert, der Gegenstand des Leistungsvorgangs, ist zugleich Gegenstand des Restitutionsanspruchs.

1. Die Leistung einer Geldsumme.

Ist eine Geldsumme ohne Rechtsgrund geleistet worden oder fällt der Rechtsgrund später fort, ist der Empfänger zur Herausgabe einer Geldsumme in Höhe des geleisteten Betrages aus "quasi-contract" verpflichtet ("action for money had and received")¹⁾.

a. Beispielsfälle:

In Macy v Day²⁾ hatten die Parteien geglaubt, sich über den Verkauf eines Grundstücks und eines darauf befindlichen Restaurants samt Inventar und Vorräten geeinigt zu haben. Der Kläger leistete daraufhin eine Anzahlung. Bei der schriftlichen Abfassung des Vertrages stellte sich dann heraus, daß die Parteien über den Umfang des herauszugebenden Inventars und der Vorräte verschiedene Vorstellungen hatten. Der Kläger verweigerte deshalb seine Zustimmung zum Vertrag und verlangte die Herausgabe der geleisteten Anzahlung. Das Gericht kam zu dem Ergebnis, daß ein Vertrag mangels wirksamer Einigung der Parteien nicht zustandegekommen sei. Der Kläger war daher berechtigt, "in this action for money had and received", die Anzahlung zurückzuverlangen.

In Gavahan v Village of Shorewood³⁾ hatte der Kläger bei einer Ausschreibung für Kanalarbeiten ein Angebot abgegeben und 2000 Dollar als Sicherheit hinterlegt. Bevor

1) Rest. Restitution §§ 15 ff.; DOBBS, S. 236; GOFF/JONES, S. 69 ff.; MUNKMAN, S. 21 ff.; STOLJAR, S. 19 ff.; WINFIELD, S. 37 ff.

2) 346 S.W.2d 555 (Miss.1961).

3) 200 Wis. 429, 228 N.W. 497 (1930).

das - unwiderrufliche¹⁾ - Angebot angenommen worden war, bemerkte er, daß er bestimmte notwendige Arbeiten in seiner Kalkulation nicht berücksichtigt hatte, und bat darum, sein Angebot zurückziehen zu dürfen. Die Stadt hielt ihn dagegen am Angebot fest und verweigerte die Herausgabe der hinterlegten Summe. Die Klage "for money had and received" hatte wegen des Irrtums Erfolg.

In Seneca Wire & MFG Co. v A.B. Leach & Co.²⁾ hatte der Kläger vom Beklagten Effekten gekauft. Er hatte bei den Verkaufsverhandlungen betont, daß er nur amtlich notierte Effekten kaufen wollte. Ein Verkaufsvertreter der beklagten Gesellschaft bot ihm daher Effekten mit der Maßgabe an, daß ein Antrag auf Notierung gestellt sei und die Notierung alsbald bevorstünde. Der Kläger nahm das Angebot an. Einige Monate später wurde die Gesellschaft, die die Effekten ausgegeben hatte, der Zwangsverwaltung unterstellt, und der Kläger erfuhr, daß eine amtliche Notierung der Effekten nie beabsichtigt worden war. Der Kläger focht den Kaufvertrag an, erbot sich zur Rückgabe der Effekten und verlangte den Kaufpreis heraus. Zwar konnte dem Verkaufsvertreter arglistiges Handeln nicht nachgewiesen werden, da eine "innocent misrepresentation" aber als Anfechtungsgrund ausreicht, wurde der Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises stattgegeben 3).

Hat ein Schuldner bei der Erfüllung seiner Verbindlichkeit irrtümlich eine die Verbindlichkeit übersteigende Geldsumme geleistet ("overpayment"), kann er den überzahlten Betrag zurückverlangen:

1) 3 CORBIN, § 609.

2) 247 N.Y. 1, 159 N.E. 700 (1928); für den Fall einer "rescission in equity" wegen "innocent misrepresentation" vgl. Greenbaum v Baywood Homes (FN 1 S. 18): der Beklagte hatte bei einem Grundstückskaufvertrag unrichtige Angaben hinsichtlich des Zinsbetrages gemacht, der auf ein "mortgage" zu zahlen war. Der Fall eines "mutual mistake" ist Beard v West Manot Apartments (FN 6 S. 17).

3) Gleiches gilt selbstverständlich, wenn Arglist des Verkäufers vorlag: McCall v Superior Court (FN 5 S. 17); Philpott v Superior Court (FN 5 S. 17); Conan v A.C. Allyn & Co. 243 N.W. 400 (Wis. 1932); Fälle von Geldleistungen "under duress" sind: Hochman v Zigler's Inc. 50 A.2d 97 (N.J. 1946); Murphy v The Brilliant Co. 323 Mass. 526, 83 N.E.2d 166 (1948); von "undue influence": Eldridge v May (FN 1 S. 15); Feiber v Copeland 232 App. Div. 504, 250 N.Y.S. 429 (1931); von "illegality": City of Seattle v Walker 87 Wash. 609, 152 P. 330 (1915).

In Mc Donalds Corporation v Moore¹⁾ hatte die klagende Gesellschaft, die mit dem Beklagten einen Pachtvertrag mit dreißigjähriger Laufzeit abgeschlossen hatte, durch ein Versehen ihrer Angestellten drei Jahre lang den doppelten Pachtzins gezahlt. Die Klägerin konnte die überzahlte Summe herausverlangen.

Entsprechendes gilt, wenn eine Person auf eine nicht mehr bestehende Schuld irrtümlich leistet:

In In Re Berry²⁾ hatte die Klägerin in der irrtümlichen Annahme, der Beklagten noch über 2,500 Dollar zu schulden, dieser einen Scheck über 1,500 Dollar zugesandt, den die Beklagte einlöste und sich gutschreiben ließ. Die Beklagte war zur Rückzahlung verpflichtet. Da sie aber inzwischen in Konkurs gefallen war, gab das Gericht der Klage nicht aus "quasi-contract" statt, sondern belegte die Summe mit einem constructive trust, so daß die Klägerin berechtigt war, den Betrag mit Vorrang vor den anderen Gläubigern herauszuverlangen.

b. Zinsleistungspflicht.

Zusätzlich zur Rückzahlung des rechtsgrundlos geleisteten Geldbetrages kann der Kläger vom Beklagten eine Verzinsung in Höhe des "legal interest" verlangen. Für welchen Zeitraum den Schuldner eine Zinsleistungspflicht trifft, richtet sich nach dem Grund der Rückabwicklung. Hat der Kläger auf Grund eines Irrtums oder einer "innocent misrepresentation" des Beklagten geleistet, verpflichten die Gerichte den Beklagten zur Zinsleistung, entweder sobald er Kenntnis von der Rechtsgrundlosigkeit der Zahlung erlangt hat, oder - in den meisten Fällen - sobald die Rückzahlung von ihm verlangt

1) 237 F.Supp. 874 (S.C.1965); weitere Fälle bei WADE, S. 458; vgl. auch Halver v Welle 266 P.2d 1053 (Wash.1954) und Phoenix Indem. Co. v Sleide Stores 267 S.W.2d 732 (Ky1954).

2) In Re Berry (FN 7 S. 31); gleiches gilt bei Zahlung an einen Nichtberechtigten: Knight Newspapers v Commissioner of Internal Revenue 143 F.2d 1007 (C.C.A. 6th Cir.1944); Home Sav. Bank v Rolando (FN 2 S. 32).

worden ist¹⁾). War die Leistung durch eine arglistige Täuschung oder sonstiges unredliches Verhalten des Beklagten veranlaßt worden, kann der Kläger die Verzinsung des geleisteten Geldbetrages ab dem Zeitpunkt der Leistung verlangen²⁾.

Das Restatement of Restitution faßt diese Regeln in dem Satz zusammen, daß eine Pflicht zur Verzinsung besteht, sobald der Beklagte sich eine "breach of duty in failing to make restitution" vorwerfen lassen muß³⁾.

Nutzung, die der Beklagte durch Verwendungen des Geldbetrages, etwa durch eine Darlehensvergabe, erzielt hat, braucht er dagegen nach den Regeln des Restatements nur dann herauszugeben, wenn er den Geldbetrag durch unredliches Verhalten erlangt hat⁴⁾.

2. Leistung von Rechten an beweglichen Sachen, Grundstücken und anderen konkreten Vermögenswerten.

Hatte der Kläger bewegliche Sachen, Grundstücke oder andere gegenständliche Vermögenswerte geleistet, kann er die Herausgabe des geleisteten Gegenstandes oder eine Wertvergütung verlangen. Sein Anspruch kann dabei auf mehrere rechtliche Grundlagen gestützt werden.

-
- 1) Rest. Restitution § 156, Comm. a; WOODWARD, § 34; 11 WILLISTON, § 1415; Georgia Railroad & Banking Co. v Smith 83 Ga. 620, 10 S.E. 235 (1889); Sibley v Willard 31 Minn. 201, 17 N.W. 337 (1883); Hall v Graham 112 Va. 560, 72 S.E. 105 (1911); Bunkers v Guernsey 41 S.D. 381, 170 N.W. 632 (1919); Mc Donald Co. v Moore (FN 1 S. 39).
 - 2) Rest. Restitution a. a. O. (FN 1 oben); WOODWARD a. a. O.; WILLISTON a. a. O.; McLain v Parker 229 Mo. 68; 129 S.W. 500 (1910); Demms v Blanchard 150 Misc. 867, 270 N.Y.S. 700 (1934); Manufacturer's Nat. Banc v Perry 144 Mass. 313, 11 N.E. 81 (1887).
 - 3) Rest. Restitution § 156; dem folgen: Phillips Petroleum Co. v Oldland 187 F.2d 780 (C.C.A. 10th Cir.1951); Twhong v Lawrence Warehouse Co. 118 F.Supp. 322 (Iowa 1954); Natural Gas Pipeline Co. v Harrington 246 F.2d 915, (C.C.A. 5th Cir.1957).
 - 4) Rest. Restitution § 157 Comm. a, b, § 151 Comm. f; näheres s.u. S. 47 ff.

a. Common Law.

aa. quasi-contract.

Der Kläger kann einen Anspruch aus quasi-contract geltend machen ("quantum valebat"). Der Restitution liegt dann der Gedanke eines fiktiven Vertrages ("contract-implied-in-law") zugrunde, aus dem der Leistungsempfänger zur Vergütung der empfangenen Leistung verpflichtet ist¹⁾. Gegenstand des Anspruchs ist daher der Marktwert des geleisteten Gegenstandes zur Zeit der Leistung²⁾:

"the exchange value measured in money, or the amount for which it (property) could be exchanged if there were an open market with a wide opportunity for buyers." ³⁾

Eine Herausgabe des geleisteten Gegenstandes kann der Kläger aus quasi-contract nicht verlangen. Zwar wird manchmal betont, der Beklagte sei verpflichtet: "to return in specie what he has in his possession", dann aber wird fortgefahren: "and a failure to perform the duty should involve liability for its value"⁴⁾.

In Peerless Glas Co. v Pacific Crockery & Tinware Co.⁵⁾ hatte die Klägerin, eine Glasfabrik, der Beklagten, einer Gesellschaft, die mit Haushaltswaren handelte, Waren geliefert. Die Transportkosten sollte der Käufer tragen. Die Beklagte erkundigte sich deswegen während der brieflich durchgeführten Vertragsverhandlungen nach einem Rabatt ("freight allowance"). Die Klägerin behauptete, sie habe den Brief der Beklagten dahin verstanden, daß diese sich nach den Frachtraten erkundigt habe. Sie habe daher in ihrer Antwort nicht einen Rabatt versprochen, sondern nur die von der Beklagten zu zahlenden Frachtkosten genannt. Sie benutzte dabei aber ebenfalls den Terminus "freight allowance". Die Beklagte bestand auf einem Rabatt und verweigerte die Zahlung.

Das Gericht kam zum Ergebnis, daß die Antwort der Klägerin nicht eindeutig in einem bestimmten Sinn verstanden werden könne. Da dem Satz von den Parteien jeweils

1) Canepa v Sun Pacific Inc. 126 Cal.App.2d 706, 272 P.2d 860 (1954).

2) Rest. Restitution § 155, Somm. c.

3) Rest. Restitution a. a. O., Comm. b.

4) 13 WILLISTON, § 1575; ähnlich Second National Bank of Toledo v M. Samuel & Sons 12 F.2d 963, 53 A.L.R. 49 (C.C.A. 2nd Cir.1926).

5) 54 P. 101 (Cal. 1898); vgl. 3 CORBIN, § 599.

eine andere Bedeutung zugemessen worden sei, sei eine Einigung nicht erfolgt. Der Kläger konnte mit "quantum valebat" den Wert der Waren herausverlangen, der dem Vertragspreis entsprach.

In Stowell Motor Car Co. v Hull¹⁾ hatte der Kläger dem Beklagten ein Automobil verkauft und dabei einen Wagen des Beklagten in Zahlung genommen. Als der Beklagte ein paar Monate später erschien, um einen Restbetrag zu zahlen, bot der Kläger ihm ein weiteres Automobil zum Verkauf an und wies daraufhin, daß dem Beklagten aus dem früheren Kaufvertrag noch ein Betrag gutgeschrieben sei. Der Kläger blieb bei dieser Ansicht auch dann noch, als der Beklagte Zweifel darüber zum Ausdruck brachte. Es kam zum Vertragsschluß. Ein paar Tage später bemerkte der Kläger, daß er dem Beklagten den Betrag, der für den beim ersten Verkauf in Zahlung genommenen Wagen angesetzt worden war, bei beiden Verkäufen angerechnet hatte. Er bat den Beklagten um Rückabwicklung des zweiten Kaufvertrages oder um Nachzahlung der irrtümlich angerechneten Summe. Als es zu keiner Einigung kam, klagte der Verkäufer auf Zahlung des Restbetrages.

Das Gericht urteilte, daß sich die Parteien in einem gemeinsamen Irrtum befunden hätten und der Vertrag daher anfechtbar sei. Der Kläger habe durch sein Verlangen nach Rückabwicklung den Vertrag angefochten und könne daher nicht mehr aus Vertrag klagen. Er könne aber Wertersatz für den gelieferten PKW aus "quasi-contract" verlangen:

"the liability ... rests, not upon the contract as written by the parties, but in the defendant's retaining the car after the mistake was discovered and demand made for its return. The action would be in assumpsit upon an implied promise on the part of the defendant to pay what in good conscience should be paid for the value of the car."

In Crown Cycle v Brown²⁾ hatte der Beklagte den Kläger, der ihm Fahrräder auf Kredit geliefert hatte, über seine Zahlungsfähigkeit getäuscht. Der Kläger konnte anfechten und aus quasi-contract den Wert der Waren herausverlangen, schon bevor die vereinbarte Zahlungsfrist abgelaufen war. 3)

1) Siehe FN 6 S. 17; vgl. 13 WILLISTON, §§ 1557, 1575.

2) 39 Ore. 285, 64 P. 451 (1901); vgl. auch Conan v A.C. Allyn & Co. (FN 3 S. 38); DOBBS, S. 631.

3) Da quasikontraktliche Ansprüche auf Ersatz des Marktwertes im Umfang einem vertraglichen Anspruch gleichen, nehmen Gerichte in vielen Fällen den Wegfall eines Vertrages an, in denen deutsche Gerichte vertragliche Ansprüche noch zuerkennen, um eine Rückabwicklung zu vermeiden. Vgl. z.B. Mill & Logging Supply Co. v West Tenino Lumber Co. 44 Wash.2d 102, 265 P.2d 807 (1954) - dt.R.: Duldungsvollmacht -; National Crankshaft Co. v National Gas Industries Inc. 246 La. 395, 165 So.2d 1 (1964) - Bestätigung eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts -; Miekow v Faykus 297 S.W.2d 260 (Tex.1956) - ergänzende Vertragsauslegung -.

bb. Trover.

Ist ein Vertrag über Leistung von "personal property", z.B. beweglichen Sachen oder Wertpapieren¹⁾, nicht zustandegekommen oder ficht der Leistende einen solchen Vertrag wirksam an, bleibt der Leistende Rechtsinhaber, bzw. das Recht an dem geleisteten Gegenstand fällt an ihn zurück²⁾. Als Inhaber des Rechts an "personal property" kann er auf Wertersatz klagen, wenn ein Dritter ihn in der Ausübung seines Rechts nachhaltig, etwa durch Wegnahme, Zerstörung oder Vorenthaltung des Besitzes, stört ("conversion")³⁾.

Eine solche Störung liegt in Leistungsbeziehungen dann vor, wenn der Leistungsempfänger die Leistung durch arglistiges Verhalten ("fraud") veranlaßt hat oder nach Anfechtung des Vertrages aus anderen Gründen die Rückgabe der geleisteten Sache verweigert⁴⁾. Der Kläger kann dann den Marktwert der Sache "at the time and place of the conversion" verlangen⁵⁾, nicht aber Herausgabe.

cc. Replevin/Detinue.

Ein solcher Anspruch auf Herausgabe in specie steht dem Rechtsinhaber von "personal property" zu und damit auch dem Leistenden, wenn das Recht am Gegenstand nicht übergegangen oder durch Anfechtung an ihn zurückgefallen ist, mit den Common-Law-Writs "replevin" und "detinue" zur Verfügung, an deren Stelle in den meisten Staaten ein gesetzlich geregelter Anspruch getreten ist. Der

1) Zum Begriff der "personal property" vgl. PROSSER, S. 81; PROSSER/WADE, S. 91; HARPER/JAMES, § 2.13.

2) 11 WILLISTON, §§ 1370, 1371.

3) Zum Begriff der "conversion" vgl. PROSSER, S. 83 ff.; HARPER/JAMES, § 2.13.

4) HARPER/JAMES, § 2.16; TELLER, S. 55; fraud: Atlas Shoe Co. v Bechard 102 Me. 197, 66 A. 390 (1906); Short & Walls Lumber Co. v Blome 75 A.2d 234 (Del.1950); duress: Gowin v Heider 386 P.2d 1 (Ore.1963); infancy: Casey v Kastel (FN 6 S. 17).

5) HARPER/JAMES, § 2.36; PROSSER, S. 97; GLENN, S. 861; Baird v Howard 51 Oh.St. 57, 36 N.E. 732 (1894); Wyndham Inc. v Wilmington Trust Co. 5 Del.Super.224, 59 A.2d 456 (1948).

Rechtsinhaber kann mit diesem Anspruch aber auch wahlweise Wertersatz fordern¹⁾).

In Farraud & Votey Organ Co. v Board of Church Extension of Methodist Episcopal Church 2) hatte ein Pfarrer einer Methodistengemeinde mit der Klägerin, einer Orgelfabrik, einen Vertrag über die Lieferung einer Orgel abgeschlossen. Er hatte sich dabei als Vorsitzender des Kirchenvorstandes vorgestellt und fälschlich eine Vollmacht zum Abschluß des Geschäfts behauptet. Nachdem die Klägerin die Orgel geliefert hatte, verweigerte der Kirchenvorstand die Genehmigung des Vertrages. Die Klägerin konnte mit "replevin" die Orgel herausverlangen.

Mit replevin ist vor allem dann vorgegangen worden, wenn der Vertrag wegen einer arglistigen Täuschung angefochten worden war. Häufig handelte es sich dabei um Täuschungen über die Zahlungsfähigkeit des Käufers bei Kreditkäufen³⁾.

Allerdings wird die an sich eröffnete Möglichkeit, mit replevin Herausgabe in specie zu verlangen, im Ergebnis wieder weitgehend eingeschränkt. Zwar kann der Kläger sogar vor Abschluß des Rechtsstreits ähnlich wie mit einer einstweiligen Verfügung eine vorläufige Sicherstellung des Gegenstandes erreichen, in den meisten Staaten⁴⁾ ist dem Beklagten aber die Möglichkeit eingeräumt, diese Sicherstellung und damit einen schnellen Zugriff des Klägers durch Sicherheitsleistung ("redelivery bond") abzuwenden. Kann der Kläger nach einem Urteil gegen den Beklagten dann die Sache beim Beklagten nicht mehr ausmachen, bleibt ihm nur der Zugriff auf die Sicherheitsleistung. Er hat nach Common Law keine Möglichkeit,

1) 11 WILLISTON, §§ 1370, 1371; DOBBS, S. 399 ff.; STOLL, S. 64 f.; Severns v Boylan (FN 5 S. 17); zum ganzen Am.Jur.2d Bd. 66 "Replevin".

2) Vgl. FN 4 S. 24.

3) Sisson v Hill 18 R.I. 212, 26 A. 196 (1893); Heilbronn v Herzog 165 N.Y. 98, 58 N.E. 759 (1900); weitere Nachweise bei 11 WILLISTON, § 1370.

4) Näheres bei DOBBS, S. 400 (FN 8).

den Beklagten durch persönliche Zwangsmaßnahmen zur Offenbarung zu zwingen¹⁾.

b. Equity. Constructive Trust.

Läßt man die eingeschränkte Möglichkeit, "personal property" mit replevin herauszuverlangen, außer Betracht, kann der Leistende nach Common Law nur Wertersatz, nicht aber Herausgabe verlangen. Will er sich damit nicht begnügen, muß er sich einer Klage "in equity" bedienen. Nach Equity-Recht kann das Gericht dem Beklagten die Rückgabe befehlen ("equity acts in personam"). Eine Weigerung hätte die Bestrafung wegen "contempt of court" zur Folge²⁾, so daß sich der Beklagte persönlichen Zwangsmaßnahmen ausgesetzt sieht.

Jedoch steht dem Kläger ein Rechtsmittel nach Equity-Recht grundsätzlich nur dann zur Verfügung, wenn das Rechtsmittel des Common Law seine Interessen nur ungenügend schützt. Eine Herausgabe des geleisteten Gegenstandes kann der Leistende daher nach Equity-Recht nur dann verlangen, wenn die Leistung in Grundstücken oder anderen unvertretbaren Sachen, sog. "unique chattel", bestand. Da in diesen Fällen eine anderweitige Wiederbeschaffung der Gegenstände nicht möglich ist, wird die nach Common Law erreichbare Wertvergütung als unzureichend angesehen, um den Leistenden in den status quo ante zurückzusetzen³⁾. Bestand die Leistung dagegen aus vertretbaren Vermögenswerten, wird der Restitutionsanspruch des Leistenden nach Common Law durch Wertvergütung befriedigt. Einen allgemeinen Anspruch auf Herausgabe in specie wie im deutschen Recht, § 812 BGB, gibt es somit nicht.

Wertersatz wird vor allem dann nicht als ausreichend angesehen, wenn Rechte an Grundstücken geleistet worden

1) DOBBS, S. 232; BLUME, S. 26; STOLL a. a. O. (FN 1 S.44).

2) DOBBS, S. 232; VAN HECKE, S. 57.

3) Rest. Contracts § 489; Rest. Restitution § 163, Comm. d; 4A CORBIN, § 1120; DOBBS, S. 626, 631; Baumel v Rosen (FN 3 S. 29); Eine Übersicht darüber, welche Gegenstände als "unique chattel" angesehen werden, bietet VAN HECKE, S. 57 ff.

sind. Wurden daher Rechte an Grundstücken irrtümlich¹⁾, auf Grund von Täuschungen²⁾ oder Drohungen³⁾ übertragen oder war der Leistenden geschäftsunfähig⁴⁾, kann "in equity" auf Rückübertragung der Grundstücke geklagt werden⁵⁾. Häufig wird in diesen Fällen das Gericht das geleistete Grundstück mit einem constructive trust zugunsten des Leistenden belegen⁶⁾. In anderen Fällen wird eine Aufhebung des Vertrages und eine Annullierung der Übertragungsurkunde ("cancellation of the deed") mit einem Befehl zur Rückgabe verbunden⁷⁾. Liegt ein Leistungsirrtum vor, ist z.B. mehr an rechtlichen Befugnissen als vereinbart übertragen worden, kann der Kläger eine Korrektur ("reformation") der Übertragungsurkunde verlangen⁸⁾.

Soweit andere Vermögenswerte betroffen sind, ist eine Herausgabe in specie beispielsweise gewährt worden,

-
- 1) Neel v Lang 236 Mass. 61, 127 N.E. 512 (1920); Walter v Herzfeld 135 So. 453 (Ala.1931); Fitch v State 138 Conn. 534, 86 A.2d 718 (1952); Proctor v Sagamore Big Game Club 265 F.2d 196 (C.C.A. 3rd Cir.1959), cert.den. 361 U.S. 831; Scott v Freedom Development Co. 219 N.Y.S.2d 494 (1961).
 - 2) Kimmel v Peach 240 Mich. 697, 216 N.W. 374 (1927); Jasper v Price 261 Mass. 103, 158 N.E. 504 (1927); Masser v Foxworthy 86 Colo. 313, 281 P. 360 (1929); Lang v Giraud 40 N.E.2d 707 (Mass.1942).
 - 3) Kronmeyer v Buck 258 Ill. 586, 101 N.E. 935 (1913).
 - 4) Kruger v Block 114 Neb. 839, 211 N.W. 173 (1926); Daugherty v Daugherty 57 N.E.2d 599 (Ind.1944).
 - 5) Die replevin entsprechende Common-Law-Klage "ejectment" gegen den unrechtmäßigen Besitzer eines Grundstücks kann der Leistende nicht geltend machen, da er wegen des förmlichen Rechtsübergangs nicht "at law" anfechten kann, s.o. S. 17; vgl. aber Smith v Ryan 191 N.Y. 452, 84 N.E. 402 (1908), wo eine Übertragungsurkunde eines Geschäftsunfähigen als unwirksam angesehen wurde und deshalb die Klage aus "ejectment" Erfolg hatte.
 - 6) 5 SCOTT, §§ 465, 468; Rest. Restitution § 160, Comm. e; Scott v Freedom Development (FN 1 oben); Lang v Giraud (FN 2 oben).
 - 7) Vgl. die übrigen Fälle in FN 1/2 oben; DOBBS, S. 267, FN 61: "The cases often decided a reconveyance or otherwise afford specific restitution without mentioning the theoretical basis of this in the constructive trust doctrine."
 - 8) Tyler v Larson (FN 3 S. 35),

wenn Aktien oder Obligationen geleistet worden waren¹⁾ oder ein Warenzeichen übertragen worden war²⁾. In einem Fall wurde ein Beklagter, der Aktien durch Arglist erschlichen und sie inzwischen weiterveräußert hatte, sogar gezwungen, entsprechende Aktien aus seinem Besitz an Stelle der erhaltenen herauszugeben³⁾. Auch die Aufhebung einer Zession von Bergrechten ("mineral rights") durch Annullierung der Zessionsurkunde ("quitclaim deed")⁴⁾, die Löschung einer Hypothek ("real estate mortgage")⁵⁾ oder die Annullierung einer Versicherungspolice⁶⁾ stellt eine Art der specific restitution dar.

c. Die Herausgabe von Früchten und Gebrauchsvorteilen

aa. Quasi-Contract und Construction Trust. Die Regelung des Restatements of Restitution.

Das Restatement ordnet in § 157 an, daß der zur Restitution verpflichtete Beklagte die erzielten Früchte ("direct products") herauszugeben und eine Vergütung für den Gebrauch "as will be just to both parties in view of the fault, if any of either or both of them" zu zahlen hat. Es unterscheidet dabei nicht zwischen den Fällen, in denen der Kläger Wertersatz erhält und denjenigen, in denen eine Herausgabe in specie angeordnet wird. Hinsichtlich der ersten Gruppe ergeben sich allerdings Zweifel.

-
- 1) Neale v Wright 130 Ky 146, 112 S.W. 1115 (1908); Bloomquist v Farson 222 N.Y. 375, 118 N.E. 855 (1918); Leary v Geller 224 N.Y. 56, 120 N.E. 31 (1918); Munroe v Harriman 16 F.Supp. 341 (1935), aff'd 85 F.2d 493 (C.C.A. 2nd Cir.1935); White v White 346 Mass. 76, 190 N.E.2d 102 (1963).
 - 2) Columbia Nastri & Carta Carbone v Columbia R. & C.M.F.G. Co. 367 F.2d 308 (C.C.A. 2nd Cir.1966); sind die Vermögenswerte nicht mehr vorhanden, kann der Kläger selbstverständlich Wertersatz verlangen; Myzel v Fields 386 F.2d 718 (C.C.A. 8th Cir.1967), cert. den. 390 U.S. 951, 19 L.Ed.2d 1143, 88 S.Ct. 1043 (1968); Stewart v Joyce 205 Mass. 371, 91 N.E. 555 (1910).
 - 3) Sher v Sandler 90 N.E.2d 536 (Mass.1950); ebenso Poole v Camden 79 W.Va. 310, 92 S.E. 454 (1916); anders Gray v Trick 243 Mich. 388, 220 N.W. 741 (1928).
 - 4) Rogers v Warden 20 Cal.2d 286, 125 P.2d 7 (1942).
 - 5) Cochran v Nelson 45 S.D. 609, 189 N.W. 700 (1922).
 - 6) National Life & Accident Ins. Co. v Probst 219 Ala.437, 122 S. 656 (1929).

Man wird eher davon ausgehen müssen, daß der Schuldner den zu zahlenden Betrag zu verzinsen hat. Der Rückabwicklung liegt in diesen Fällen der Gedanke eines fiktiven Vertrags zugrunde, dem Schuldner obliegt daher eine Zahlungspflicht für die erhaltenen "benefits", weniger eine Pflicht zur Rückabwicklung¹⁾. Für den geschuldeten "Kaufpreis" hat er Zinsen zu zahlen, eine Vergütung der gezogenen Nutzungen entfällt, da er ja quasi seine eigene "gekaufte" Sache verwandt hat²⁾. So gibt das Gericht in Hixon v Allphin³⁾ für die Restitutionsklage folgende Regel:

"In an action for restitution, the plaintiff is entitled either to the value of the goods, rights and benefits at the time of their transfer, plus interest on said sum during the time of its detention, or to restoration of the property and rights and damages during the time of their detention based upon compensation for their use or rental value." 4)

Soweit der Beklagte dagegen zur gegenständlichen Herausgabe des Geleisteten verpflichtet ist, hat er die Nutzungen herauszugeben. Bei der Rückerstattung geleisteter Aktien hat er die in der Zwischenzeit erhaltenen Dividenden zu vergüten⁵⁾ und bei der Rückübertragung von Grundstücken erhaltene Mietzinsen herauszugeben⁶⁾. Ebenso hat er Surrogate herauszugeben, z.B. - Fall einer Anfechtung

1) Vgl. Canepa v Sun Pacific Inc. (FN 1 S. 41); Witmer v Brosius' Estate 184 Kan. 273, 336 P.2d 455 (1959).

2) Vgl. Rest. Restitution § 157, Comm. b (S. 623 unten).

3) 76 Idaho 327, 281 P.2d 1042 (1955).

4) Auch DOBBS, S. 632, 741 behandelt die Herausgabe von Nutzungen nur im Zusammenhang mit "specific restitution"; vgl. ferner WOODWARD, § 34; 4A CORBIN, § 1052.

5) Munroe v Harrington (FN 1 S. 47); Baumel v Rosen (FN 3 S. 29).

6) Kronmeyer v Buck (FN 3 S. 46); Kruger v Block (FN 4 S. 46); Lang v Giraudo (FN 2 S. 46); Daugherty v Daugherty (FN 4 S. 46).

wegen arglistiger Täuschung - eine Feuerversicherungssumme aus einem vom Beklagten abgeschlossenen Versicherungsvertrag¹⁾.

Als Vergütung für Gebrauchsvorteile hat der Beklagte den objektiven Gebrauchs- oder Mietwert zu zahlen²⁾. Der unredliche Schuldner hat dabei nach der Regelung des Restatements auch ohne Rücksicht auf einen tatsächlichen Gebrauch Nutzungsentgelt zu zahlen, während derjenige, der "not tortious and no more at fault than the other" gehandelt hat, nur den Wert eines tatsächlichen Gebrauchs oder wahlweise die daraus gezogenen Vorteile vergüten soll³⁾.

Nach der Regelung des Restatements of Restitution⁴⁾ ist hinsichtlich der Nutzungsherausgabe zu unterscheiden zwischen den sog. "direct products" und den sog. "indirect products". Der gutgläubige Herausgabeverpflichtete ist nur zur Herausgabe der "direct products" verpflichtet, die sich vor allem aus den unmittelbaren Sach- und Rechtsfrüchten zusammensetzen; sie umfassen aber auch die mittelbaren Früchte, wenn der rechtliche Grund für ihren Erwerb, z.B. der Mietvertrag, noch vom Leistenden gesetzt worden ist. Dagegen hat der gutgläubige Schuldner nicht herauszugeben sog. "indirect products", die er durch eigene wirtschaftliche Tätigkeit, z.B. durch Vermietung oder Kreditvergabe, mit dem Geleisteten erworben hat. Er schuldet nur Wertersatz für den Gebrauch des Leistungsgegenstandes, so daß ihm ein etwaiger Gewinn verbleibt. Der unredliche Schuldner hat dagegen jeglichen Gewinn herauszugeben.

1) Cetkowski v Kuntson 163 Minn. 492, 204 N.W. 528 (1925); Griffin v Booth 16 S.E. 294 (Ga.1932).

2) Rest. Restitution § 157, Comm. a, d; DOBBS, S. 741; Columbia Natri & Carta Carbone v Columbia R. & C.M.F.G. Co. (FN 2 S. 47).

3) Rest. Restitution § 157 Comm. a, d; nicht aber Gewinne, die den objektiven Nutzungswert übersteigen: Melton v Amar 358 P.2d 855 (Idaho 1961).

4) Rest. Restitution § 157, Comm. b, § 151, Comm. f.

Diese Unterscheidung des Restatements hat auch im deutschen Recht ihre Bedeutung, obwohl sie aus dem Gesetzeswortlaut des § 818 Abs. 1 BGB nicht hervorgeht¹⁾.

bb. Trover und Replevin.

Im Fall einer Klage aus trover kann der Kläger zusätzlich zum Wert der Sache Zinsen in Höhe der gesetzlichen Zinsrate ab Zeitpunkt der für den Anspruch maßgeblichen "conversion" verlangen²⁾.

Verlangt der Kläger mit Replevin den geleisteten Gegenstand heraus, kann er seinen Gebrauchsverlust als Schaden geltend machen. Die Berechnung des Schadens basiert dabei auf dem objektiven Gebrauchs- oder Mietwert³⁾. Soweit der Kläger statt Herausgabe des Gegenstandes Wertersatz fordert, soll er ebenfalls nur Zinsleistung, nicht aber Schadensersatz für den Gebrauchsverlust verlangen können⁴⁾.

II. Nicht-gegenständliche Leistungen: Die Erbringung von Dienst- und Werkleistungen und die Einräumung von Gebrauchsvorteilen.

Bei der Leistung von gegenständlichen, verkörperten Vermögenswerten war die Frage nach dem Gegenstand des Restitutionsanspruchs ohne weitere Probleme zu beantworten. Der Gegenstand der Leistung bildet in diesen Fällen die Vermögensvermehrung, die im Vermögen des Schuldners

1) Siehe unten S. 188 f.

2) HARPER/JAMES, § 2.36; Wyndham Inc. v Wilmington Trust Co. (FN 5 S. 43).

3) Cotrell v Gerson 296 Ill.App. 412, 16 N.E.2d 529 (1932); Guerin v Kirst 33 Cal.2d 402, 202 P.2d 10, 7 A.L.R.2d 922, 931 (1949).

4) Barclay Brass & Aluminium Foundry Inc. v Resnick 35 Wis.2d 620, 151 N.W.2d 648 (1967); Springfield Loan Co. v National Guarantee & F.Co. 63 Ohio App. 508, 27 N.E.2d 257 (1939); Steel Motor Service v Zalke 212 F.2d 856, 48 A.L.R.2d 1045 (C.C.A. 6th Cir. 1954); zum ganzen vgl. McCORMICK, § 125; DOBBS, S. 408 ff.

eintritt, und damit zugleich - falls nicht besondere Umstände hinzutreten¹⁾ - die Bereicherung. Der Leistungsgegenstand oder sein Wert stellen daher auch den Gegenstand des Restitutionsanspruchs dar. Die eine Vermögensverschiebung wird durch eine Vermögensverschiebung in entgegengesetzter Richtung um ihre Wirkung gebracht.

Schwieriger ist dagegen die Frage nach dem Gegenstand des Restitutionsanspruchs bei den im folgenden zu behandelnden nicht-gegenständlichen Leistungen zu beantworten. Eine Herausgabe des Leistungsgegenstandes, z.B. der Gebrauchsmöglichkeit, in specie kommt nicht in Betracht. Der Kläger ist auf geldwerten Ersatz für seine Leistung angewiesen. Dabei ergibt sich aber gegenüber den gegenständlichen Leistungen eine Besonderheit. Während bei Leistung von gegenständlichen, körperlichen Vermögenswerten der Gegenstand der Leistung zugleich die Vermögensvermehrung beim Beklagten bildet, Leistungsgegenstand und Vermögensvermehrung mithin identisch sind, fallen bei nicht-gegenständlichen Leistungen der Wert der Leistung und der Wert der beim Leistungsempfänger eingetretenen Vermögensvermehrung von vornherein auseinander. Eine Werkleistung, d.h. die aufgewendeten Materialien und die geleistete Arbeit, vermehrt nicht als solche das Vermögen des Bereicherten, sondern nur das Werk, das Produkt der Arbeit, wird bei einer Feststellung des Vermögens des Leistungsempfängers zählen. Bei Dienstleistungen wird eine Vermögensvermehrung überhaupt nicht feststellbar sein, der Erhalt der Leistung wird sich höchstens als "negative enrichment", d.h. als Ersparnis anderweitiger Aufwendungen, bemerkbar machen.

In diesen Fällen stehen damit zwei Anknüpfungspunkte für die Bestimmung des Gegenstandes des Restitutionsanspruchs zur Auswahl: der Gegenstand der Leistung, d.h.

1) Im Fall einer sog. "change of position" verringert sich die Herausgabeverpflichtung ähnlich im deutschen Recht nach § 818 Abs. 3 BGB; vgl. Rest. Restitution § 69; im einzelnen FLESSNER, S. 75 ff.

der Wert der Arbeits- oder Dienstleistung oder des Gebrauchsvorteils, oder die in Geldwert gemessene Auswirkung der Leistung im Vermögen des Bereicherten, entweder das positive Produkt der Leistung oder die tatsächliche Ausgabenersparnis des Leistungsempfängers.

1. Quantum Meruit. Contract-Implied-In-Fact und Contract-Implied-In-Law.

Hat der Kläger eine Dienst- oder Werkleistung rechtsgrundlos erbracht oder einen Gebrauchsvorteil rechtsgrundlos geleistet, steht ihm ein Anspruch aus quasi-contract zu ("quantum meruit").

Bei der Feststellung des Gegenstandes des Anspruchs aus "quantum meruit"¹⁾ wird in Rechtsprechung und Literatur teilweise unterschieden zwischen Ansprüchen aus einem "contract-implied-in-fact" und einem "contract-implied-in-law"²⁾. Die erste Fallgruppe von Ansprüchen aus "quantum meruit" umfaßt vor allem Verträge, die durch konkludente Willenserklärungen zustandegekommen sind; d.h. die Gerichte schließen aus den Umständen des Falles auf einen übereinstimmenden Vertragswillen beider Parteien. Soweit dabei eine Vereinbarung eines bestimmten Vertragspreises nicht festgestellt werden kann, wird entsprechend § 612 BGB der übliche Preis für eine Arbeit der betreffenden Art als vereinbart angesehen³⁾.

-
- 1) Zu "quantum meruit" Vgl. Rest. Restitution §§ 40 ff.; DOBBS, S. 262 ff.; WINFIELD, S. 51 ff.; zum Anwendungsbereich, der nicht auf die Rückabwicklung von Leistungen beschränkt ist, vgl. WINFIELD, in Selected Legal Essays, S. 218 ff.; MUNKMAN, S. 87 ff.; STOLJAR, S. 162 ff.
 - 2) COSTIGAN, 33 Harv.L.Rev. 376 (1919-20); BEALE, 19 Yale L.J. 609 (1909-10); vgl. auch WOODWARD, §§ 3, 3A; 1 CORBIN, § 19; Martin v Campanaro 156 F.2d 127 (C.C.A. 2nd Cir. 1946); Hill v Waxberg 237 F.2d 936 (C.C.A. 9th Cir. 1956); Shapiro v Soloman (FN 4 S. 9); Campbell v TVA 421 F.2d 293 (C.C.A. 5th Cir. 1969); Stout v Smith 4 N.C.App. 81, 165 S.E.2d 789 (1969).
 - 3) Hill v Waxberg; Stout v Smith; Shapiro v Soloman; Champbell v TVA; COSTIGAN a. a. O.; alle in FN 2 oben.

Die gleiche Rechtsfolge ergibt sich, wenn in einem "express contract" eine Vergütung nicht ausdrücklich vereinbart worden ist¹⁾.

Während es sich bei dieser Gruppe um vertragliche Ansprüche handelt, bilden die Ansprüche aus "contracts-implied-in-law" die Gruppe der quasikontraktlichen Ansprüche aus "Quantum meruit"²⁾. Da die rechtliche Grundlage dieser Ansprüche nach übereinstimmender Ansicht die "unjust enrichment" des Schuldners bildet³⁾, wird diese "unjust enrichment" oder das "benefit", das der Schuldner mit der Leistung erhält, als Gegenstand des Anspruchs benannt und dem Marktpreis der Leistung als Gegenstand des Anspruchs aus "contract-implied-in-fact" gegenübergestellt⁴⁾. Der Anspruch sei begrenzt auf die "unjust enrichment conferred upon the defendant by the plaintiff's labor"⁵⁾ oder auf das "actual benefit realized and retained"⁶⁾. Der Wert der Leistung sei nur ein Anhaltspunkt der Bemessung ("rule-of-thumb"), wenn die eingetretene Bereicherung schwer festzustellen sei⁷⁾.

Diese Regel, die auf die Bereicherung und nicht auf den Wert der Leistung als Gegenstand des Restitutionsanspruchs abzustellen scheint, ist aber nicht so eindeutig, wie es im ersten Augenblick den Anschein hat. Schon

-
- 1) Martin v Campanaro (FN 2 S. 52); Baker v Brown's Estate 294 S.W.2d 22 (Miss.1956); In Re Moyer 190 F.Supp. 867 (Virg.1960).
 - 2) Vgl. die in FN 2 S. 52 Genannten.
 - 3) DOBBS, S. 262 ff.; WOODWARD, §§ 8 ff.; Am.Jur.2d 66 "Restitution and implied contracts", § 30 m. w. N.; Martin v Campanaro (FN 2 S. 52); Thormer v Lexington Mail Order Co. 241 N.C. 249, 85 S.E.2d 140 (1954); Hill v Waxberg (FN 2 S. 52); Witmer v Brosius' Estate (FN 1 S. 48); Stout v Smith (FN 2 S. 52).
 - 4) BEALE a. a. O. (FN 2 S. 52), S. 620; COSTIGAN a. a. O. (FN 2 S. 52); Martin v Campanaro; Campbell v TVA (beide FN 2 S. 52); Johnson County Savings Bank v City of Creston 212 Iowa 929, 231 N.W. 705, 84 A.L.R. 926 (1930); City of Gainesville v Edwards 112 Ga.App. 672, 145 S.E.2d 715 (1965); Berman v Herrick 346 F.2d 116 (C.C.A. 3rd Cir.1965); Am.Jur.2d a. a. O. (FN 3 oben), § 28 m.w.N.
 - 5) BEALE a. a. O.; COSTIGAN a. a. O. (FN 2 S. 52).
 - 6) Am.Jur.2d a. a. O., § 28.
 - 7) Martin v Campanaro; Campbell v TVA in Anschluß an COSTIGAN a. a. O. (alle Zitate in FN 2 S. 52).

die Unterscheidung zwischen "contracts-implied-in-fact" und "quasi-contract" wird nicht einheitlich getroffen. Insbesondere die Fälle der Leistungskondiktion werden einmal der einen, einmal der anderen Gruppe zugeordnet¹⁾. Auch der Begriff des "benefit" ist nicht nur der tatsächlich eingetretenen Vermögensvermehrung gleichgesetzt worden, sondern auch die geleisteten Dienste selbst sind als "benefit" bezeichnet worden²⁾.

Untersucht man die Entscheidungen, in denen von den Gerichten mit dieser Regel gearbeitet worden ist, wird man feststellen, daß sie zur Begründung einer vom Wertersatz abweichenden Herausgabepflicht nur in ganz bestimmten Fällen angewandt worden ist:

Einen vom Wertersatz abweichenden Umfang haben die Verwendungsersatzansprüche des unrechtmäßigen Besitzers eines Grundstücks gegen den Eigentümer. Soweit ein Erstattungsanspruch des Besitzers für "improvements" nicht überhaupt abgelehnt wird³⁾ oder der Besitzer auf ein Wegnahmerecht verwiesen wird⁴⁾, wird der Anspruch auf die durch die Verwendung bewirkte Werterhöhung des Grundstücks beschränkt⁵⁾.

Gleiches gilt bei Dienst- und Werkleistungen, die ohne Veranlassung und Kenntnis des Leistungsempfängers erbracht worden sind. In diesen Fällen der "aufgedrängten Bereicherung" wird eine Rückforderung dem Leistenden im allgemeinen nicht gestattet⁶⁾. Soweit eine Rückforderung

1) Vgl. z.B. Shapiro v Soloman (FN 4 S. 9) und Meem Haskins Coal Co. v Pratt 299 Ky 767, 187 S.W.2d 435 (1945), zwei Fälle des Dissens', die einmal der einen, einmal der anderen Gruppe zugeordnet werden; vgl. COSTIGAN a. a. O., der eigene Kategorien ausbildet; zum ganzen PERILLO 73 Col.L.Rev 1208 (1973).

2) Nelson v Preston 200 Wis. 547, 55 N.W.2d 918 (1952).

3) Zum ganzen vgl. Rest. Restitution § 42; DOBBS, S. 368 ff.

4) Jensen v Probert 174 Ore. 143, 148 P.2d 248 (1944).

5) Rest. Restitution §§ 42, 155 Comm. d; DOBBS, S. 262, 368; 4 SCOTT, § 291.6, 5 a. a. O., § 479.1; THURSTON 46 Mich.L.Rev. 1037, 1059; WOODWARD, § 189.

6) Lawson v O'Kelley 81 Ga.App. 883, 60 S.E.2d 380 (1950); Brooks v Britnell 183 So.2d 434 (La.1966); zur "aufgedrängten Bereicherung" vgl. Rest. Restitution § 40, Comm. a, § 41 (a), Comm. a, § 53, Comm. a; DAWSON, S. 127 ff.

erörtert wird, wird sie auf die vermögensmäßige Auswirkung der Leistung im Vermögen des Schuldners beschränkt¹⁾.

Eine weitere Fallgruppe, in denen - teilweise²⁾ - auf das "benefit" des Leistungsempfängers und nicht auf den Wert der Leistung erkannt wurde, bilden die Leistungen auf Grund eines Vertrages mit einer öffentlichen Körperschaft, wenn dieser Vertrag wegen Verstoßes gegen gesetzliche Vertretungs- oder Ausschreibungsregeln unwirksam ist³⁾.

Es ist leicht zu erkennen, daß in diesen Fallgruppen jeweils ein besonderer Grund vorhanden ist, der diese Bestimmung des Umfangs des Restitutionsanspruchs bewirkt. In den beiden ersten Fallgruppen ist es der Gedanke der "aufgedrängten Bereicherung", der eine Vergütung der Leistung verbietet. In der letzten Fallgruppe ist es die Bestrebung, die gesetzlichen Regelungen nicht durch einen Restitutionsanspruch auf den Wert der Leistung zu unterlaufen und ihrer Wirksamkeit zu berauben. In allen anderen Fällen, in denen ein besonderer Grund dieser Art nicht vorliegt⁴⁾ und eine Leistung auf Grund eines Vertrages erbracht worden ist, der sich im nachhinein als unwirksam oder anfechtbar herausstellt, hat der Empfänger der Leistung den Wert der Leistung und nicht nur eine etwaig entstandene Vermögensvermehrung herauszugeben⁵⁾:

2. Dienst- und Werkleistungen.

Hat bei einer Dienst- oder Werkleistung das Gericht das Zustandekommen eines Vertrags mangels Einigung über

1) DOBBS, S. 262, 626, 742; Berman v Herrick (FN 4 S. 53).

2) Die Rechtsprechung ist nicht einheitlich, vgl. die Übersicht in 33 A.L.R.3d 1164 ff.

3) Die Rechtsprechung ist dargestellt in 33 A.L.R.3d 1164 ff.; u. a. vgl. Johnson County Savings Bank v City of Creston (FN 4 S. 53); City of Gainesville v Edwards (FN 4 S. 53); Fargo Foundry Co. v Village of Calloway 148 Minn. 273, 181 N.W. 584 (1921).

4) Zu nennen wäre noch mangelnde Geschäftsfähigkeit, vgl. FLESSNER, S. 86; CALAMARI/PERILLO, §

5) Rest. Restitution §§ 152, 155, Comm. b.

wesentliche Vertragselemente verneint, vor allem wenn sich die Parteien nicht über den Preis geeinigt hatten¹⁾, oder war der Vertrag anfechtbar²⁾, kann der Kläger den Wert seiner Dienst- oder Werkleistung beanspruchen unbeschadet der Preisvorstellungen der Parteien.

Hatte der Kläger auf Grund eines Versprechens, im Testament bedacht zu werden, dem Verstorbenen Dienste geleistet, kann er zwar nicht das Versprechen einklagen, er kann aber von den Erben Vergütung für seine Dienste verlangen³⁾.

Gleiches gilt, wenn Verträgen die von einem "statute of frauds" geforderte Schriftform fehlt und sie deswegen "unenforceable" sind. Dabei gilt der im fehlerhaften Vertrag vereinbarte Preis als prima-facie-Beweis ("evidence") für den Wert der Leistung⁴⁾.

Aber auch wenn es zwischen den Parteien nicht zu einer Anbahnung vertraglicher Beziehungen gekommen war, geht der Anspruch aus "quantum meruit" auf den Wert der Leistung, wenn der Beklagte die Leistung wissentlich angenommen und verwendet hat, ohne Grund zu der Annahme zu haben, daß die Leistung gratis erfolgt sei⁵⁾.

Die Ratio, die dieser Haftung auf den Wert der Leistung zugrundeliegt, ist im folgenden ausgedrückt⁶⁾:

-
- 1) Turner & Otis v Webster 24 Kan. 38 (1880); Vickery v Ritchie 202 Mass. 247, 88 N.E. 835 (1909); Neale v Akers 286 F. 903 (C.C.A. 4th Cir.1923); Meem Haskins Coal Co. v Pratt (FN 1 S. 54); Shapiro v Soloman (FN 4 S. 9); andere Fälle des Dissens' sind: Murphy v Mitchell 254 Mass. 18, 149 N.E. 603 (1925); Siebert v Smith 239 P. 396 (Nev.1925); Kearns v Andree 107 Conn. 181, 139 A.695, 59 A.L.R. 599 (1928); Mead v Ringling 266 Wis. 523, 64 N.W.2d 222, 65 N.W.2d 35 (1954); zum ganzen vgl. Rest. Restitution § 155, Comm. b; 3 CORBIN, § 599; 12 WILLISTON, § 1480 m. W. N.; DOBBS, S. 743.
 - 2) Passaic Valley Severage Com'Rs v Hoolbrook, Cabot & Rollins Co. (FN 5 S. 17); Monroe Manufacturing Co. v U.S. 143 F.Supp.449 (Mich.1956).
 - 3) Grantham v Grantham 205 N.C. 363, 171 S.E. 331 (1933); Sullivan's ADM'R v Sullivan 248 Ky.744, 59 S.W.2d 999 (1933); Nibler v Coltrane 275 S.W.2d 270 (Miss.1955); Evans v Mason 308 P.2d 245, 82 Ariz. 40 (1957).
 - 4) 3 WILLISTON, § 536; DAWSON/PALMER, S. 595; DOBBS, S. 949; Wise v Midtown Motors 231 Minn. 46, 42 N.W.2d 404, 20 A.L.R.2d 735 (1950).
 - 5) Wyche v Perrin 228 S. W.2d 330 (Tex.1950).
 - 6) Thurston v Nutter 125 Me.411, 134 A. 506, 47 A.L.R.1156 (1926).

"where a person renders services beneficial to another under circumstances that negative the idea that the services were gratuitous, and the party to whom the services are rendered knows it and permits it and accepts the benefit, he is bound to pay a reasonable value therefore. That is because such facts and circumstances justify a presumption that the party to whom the services are rendered must have requested them, and must have intended to pay for them, and therefore the law implies a promise to pay for them."

Jemand, der eine Dienst- oder Werkleistung für sich erbringen läßt, weiß, daß er unter normalen Umständen für diese Leistung eine Vergütung zu zahlen hat. Es ist daher nur recht und billig, ihn auch in den Fällen, in denen eine vertragliche Pflicht nicht rechtswirksam entstanden ist, eine Pflicht zur Vergütung aufzuerlegen. Inwieweit diese Leistung sich für ihn als vorteilhaft erweist, bleibt sein Risiko.

Der Gegenstand des quasikontraktlichen Anspruchs aus "quantum meruit" für Dienst- und Werkleistungen ist somit der Wert der Leistung. Der Wert entspricht der üblichen Vergütung, die für eine Leistung dieser Art zu zahlen ist: "the work done by the plaintiff should be paid at the customary rate of pay for such work in the community at the time the work was performed"¹⁾. Bei Werkleistungen, für die möglicherweise ein Marktpreis schwer festzustellen ist, können auch die dem Kläger entstandenen Kosten zuzüglich eines "reasonable profit" der Berechnung des Anspruchsgegenstandes zugrundegelegt werden²⁾.

Ob die Leistung zu einer Vermehrung des Vermögens des Leistungsempfängers geführt hat, ist für den Umfang des Anspruchs unerheblich. Das zeigt deutlich die Entscheidung Vickery v Ritchie³⁾:

1) Mead v Ringling (FN 1 S. 56).

2) Central Steel Erection Co. v Will 304 F.2d 548 (C.C.A. 9th Cir.1962); Bignold v King County 399 P.2d 611 (Wash.1965).

3) Fundstelle in FN 1 S. 56.

Die Parteien hatten einen Vertrag über den Bau eines türkischen Badehauses auf dem Grundstück des Beklagten abgeschlossen. Durch eine Täuschung des Architekten kam jedoch eine Einigung über den Preis nicht zustande. Als der Kläger die beiden mehrseitigen Vertragsformulare unterschrieb, waren sie vom Beklagten bereits unterschrieben und enthielten einen Vertragspreis, der sich auf 33,721.00 Dollar belief. Als der Beklagte unterschrieb, waren dagegen 23,200.00 Dollar angegeben. Der Architekt hatte in betrügerischer Absicht die Seiten mit dem Vertragspreis ausgetauscht. Der Unterschied zwischen ihren Vertragsformularen wurde von den Parteien erst nach Fertigstellung des Badehauses entdeckt.

Als Wert der Werkleistung wurden 33,499.30 Dollar festgestellt, das Grundstück des Beklagten hatte sich durch den Bau aber nur um 22,000 Dollar im Wert erhöht.

Das Gericht verneinte das Zustandekommen eines gültigen Vertrags und verpflichtete den Beklagten zur Vergütung des Wertes der Werkleistung aus "quantum meruit". Es betonte, daß die Leistung erfolgt sei "at the defendant's request and for the defendant's benefit" und sich daraus die Pflicht zum Wertersatz ergäbe:

"The right of recovery depends upon the plaintiff's having furnished property or labor, under circumstances which entitle him to be paid for it, not upon the ultimate benefit to the property of the owner at whose request it was furnished."

Das Restatement of Restitution schlägt für diesen Fall eine andere Lösung vor¹⁾. Zwar stellt es ebenfalls nicht auf die eingetretene Werterhöhung des Grundstücks ab, der Beklagte soll aber nur zur Zahlung der von ihm vereinbart geglaubten Gegenleistung, d.h. in diesem Fall 23,200.00 Dollar, verpflichtet sein. Diese Lösung entspricht der von FLUME für das deutsche Recht vertretenen Auffassung, wonach der Beklagte zumindest auf die von ihm angebotene Gegenleistung haftet²⁾.

Ein weiterer Fall ist Fabian v Wasatch Orchard Co.³⁾:

Der Kläger hatte mit einer Gesellschaft, die sich mit dem Anbau, der Verwertung und dem Verkauf von Gemüse beschäftigte, vereinbart, für ihre Produkte einen Absatzmarkt im Osten der U.S.A. aufzubauen. Als Gegenleistung sollte

1) Rest. Restitution, § 155, Ill. 3; ebenso SEAVEY 64 Harv.L.Rev. 431, 435 (1951); dagegen DOBBS, S. 743, FN 16.

2) FLUME, Festschr. f. Niedermeyer, S. 151 ff.; näheres unten S. 136 f.

3) 41 Utah 404, 125 P. 860 (1908).

er das ausschließliche Verkaufsrecht für ihre Produkte in diesem Gebiet erhalten. Der Vertrag, der nicht schriftlich fixiert worden war, verstieß gegen das "statute of frauds" des Staates und war daher "unenforceable". Als die Gesellschaft die Erfüllung des Vertrages verweigerte, klagte der Kläger auf Vergütung für seine bisherigen Verwendungen und die erbrachten Dienste.

Die rechtserhebliche Frage war, welches "benefit" der Beklagte durch die Leistung des Klägers erhalten hatte. Die Beklagte berief sich darauf, daß die durch die Bemühungen des Klägers abgesetzten Waren für Preise, die unter den Herstellungskosten lagen, verkauft worden waren. Die Beklagte habe daher einen Verlust erlitten. Ein "benefit" habe sie nicht erhalten. Das Gericht erkannte dennoch auf den Wert der Dienstleistung:

"We think the well-established rule is that, where one who, not in default, on faith of and in accordance with frauds, but not malum prohibitum, nor malum in se, has, in pursuance of the contract, rendered services for the adversary party, who, with knowledge or acquiescence, accepted them and received the benefit of them and repudiated the contract, he may recover on a quantum meruit the reasonable value thereof - not the profit or gain resulting to the adversary party by reason of the transaction, nor the loss suffered or sustained by the other, but compensation for the reasonable value of the services rendered by the one and accepted and received by the other"

In Kearns v Andree¹⁾ hatten sich die Parteien mündlich über den Verkauf eines Grundstücks mit darauf befindlichem Wohnhaus geeinigt. Auf Verlangen des Käufers hatte der Verkäufer einige Umbauten vorgenommen und einige Bäume auf dem Grundstück gefällt. Der Käufer verweigerte die Erfüllung des Vertrags. Daraufhin klagte der Verkäufer auf Ersatz seiner Verwendungen und ebenfalls auf Ersatz derjenigen Auslagen, die er für die wegen der durchgeführten Änderungen notwendigen Wiederherrichtungen aufbringen mußte. Der Beklagte dagegen verneinte eine Zahlungspflicht, da er kein "benefit" erhalten habe.

Das Gericht kam zu dem Ergebnis, daß der Vertrag wegen "indefiniteness" unwirksam sei. Der Verkäufer könne aber den Wert seiner Verwendungen, die er auf Verlangen des Käufers vorgenommen hatte, vom Käufer verlangen, nicht aber die Wiederherstellungskosten:

"The basis of that implication is that the services have been requested and have been performed by the plaintiff in the known expectation that he

1) Zitat in FN 1 S. 56.

would receive compensation, and neither the extent nor the presence of benefit to the defendant from their performance is of controlling significance."

Es fragt sich, wie diese Entscheidungen zu vereinbaren sind mit dem Grundsatz des Restitutionsrechts, nach dem der Beklagte nur auf seine "unjust enrichment" haften soll¹⁾. Es ist denn auch längst anerkannt, daß in den Fällen der nicht-gegenständlichen Leistung eine Vermögensvermehrung beim Beklagten keine Voraussetzung des Restitutionsanspruchs bildet, wenn der Beklagte mit einer Vergütungsverpflichtung rechnen mußte²⁾. Das Restatement of Restitution betont das Wesentliche: die Tatsache, daß jemand eine vertragliche Vereinbarung über die Erbringung einer Leistung beabsichtigt und bereit ist, eine Gegenleistung zu erbringen, zeigt, daß diese Leistung einen Wert für ihn besitzt, auch wenn sie nicht zu einem geldwerten Vorteil führt³⁾.

3. Einräumung von Gebrauchsvorteilen.

Was für Dienst- und Werkleistungen gilt, gilt auch bei Einräumung von Gebrauchsvorteilen. Der Wert der Leistung ist der Gegenstand des Restitutionsanspruchs.

In Matarese v Moore-McCormack Lines⁴⁾ hatte der Kläger der Beklagten die Verwendung einer von ihm gemachten Erfindung gestattet. Ein Vertrag über ein Entgelt war mangels einer ausreichenden Vertretungsmacht des verhandelnden Vertreters der Beklagten nicht zustande gekommen. Der Kläger konnte den Wert des Gebrauchs der Erfindung der Beklagten geleisteten Dienste verlangen.

Ist ein Grundstückspachtvertrag ("lease") oder ein Mietvertrag, z.B. über ein Kraftfahrzeug, "unenforceable"

-
- 1) Rest, Restitution, § 1.
 - 2) Note 26 Mich.L.Rev. 942, 943 (1927 - 28); ebenso die diss. op. in Coleman Engineering Co. v North American Aviation 65 Cal.2d 396, 55 Cal.Rptr.1; 420 P.2d 713 (1966).
 - 3) Rest. Restitution, § 155, Comm. d; in § 1, Comm. b sieht es "services to or (performed) at the request of the other" als "benefit" an.
 - 4) 158 F.2d 631 (C.C.A. 2nd Cir. 1946).

kann bei Erfüllungsverweigerung der Pacht- oder Mietwert verlangt werden¹⁾.

In einem Fall, in dem sich eine ehemalige italienische Tochtergesellschaft eines amerikanischen Unternehmens nicht mit diesem über eine Verlängerung eines Abkommens einigen konnte, daß ihr den Gebrauch eines Warenzeichens gestattete und den "know-how" des amerikanischen Unternehmens verschaffte, wurde die italienische Gesellschaft zur Herausgabe des übertragenen Warenzeichens und zum Wertersatz für den zwischenzeitlich erfolgten Gebrauch des Warenzeichens und des "know-how" verurteilt. Als Wertmaßstab diente der im abgelaufenen Vertrag vereinbarte Preis²⁾.

In einem anderen Fall wurde eine Verlängerungsoption in einem Pachtvertrag wegen Dissens der Parteien aufgehoben. Für die nach dem Auslaufen des Vertrages erfolgte Benutzung des Grundstückes durch den Beklagten hatte dieser den "reasonable value" zu vergüten³⁾.

4. Zinsleistung.

Zusätzlich zur Herausgabe des Wertes der Leistung kann der Kläger Zahlung von Zinsen verlangen, sobald der Anspruch begründet ist⁴⁾ oder er Zahlung fordert⁵⁾, falls die Feststellung des Wertes der Leistung ohne weitere Schwierigkeiten möglich ist ("based upon established market values")⁶⁾.

1) Smith v Pritchett 98 Ala. 649, 13 S. 569 (1893); Bennet Leasing Co. v Ellison 15 Utah2d 72, 387 P.2d 246, 21 A.L.R.3d 1 (1963).

2) Columbia Nastri & Carta Carbone v Columbia R. & C.M.F.G. Co. (FN 2 S. 47).

3) Heywood v Zioli 91 Ariz. 309, 372 P.2d 200 (1962).

4) McCORMICK, § 55.

5) Prager v New Jersey Fidelity & Plate Glass Ins. Co. 245 N.Y. 1, 156 N.E. 76, 52 A.L.R. 193 (1927).

6) Sonst handelt es sich um sog. "unliquidated damages", für die Zinsen nicht verlangt werden können, vgl. McCORMICK, § 55; Lemire v Haley 93 N.H. 206, 39 A.2d 10 (1944).

B. Gewinnhaftung im Restitutionsrecht.¹⁾

Wie die bisherige Untersuchung gezeigt hat, kann im Fall einer rechtsgrundlosen Leistung der Kläger einen Restitutionsanspruch geltend machen, der auf Herausgabe des Leistungsgegenstandes oder Ersatz des objektiven Wertes gerichtet ist.

Zusätzlich zu diesem auf den Wert der Leistung beschränkten Anspruch kann dem Kläger aber auch das Recht zustehen, Gewinne abzuschöpfen, die der Beklagte unter Verwendung des Leistungsgegenstandes erzielt hat.

I. Common Law. Waiver of Tort.

Im Common Law wird diese Gewinnhaftung durch die Rechtsfigur des "waiver of tort" ermöglicht. Hat der Beklagte durch deliktisches Handeln einen Vermögenswert erlangt, kann der Kläger nicht nur einen Anspruch auf Schadensersatz geltend machen, sondern wahlweise auch einen quasikonkraktlichen Anspruch, der auf die Herausgabe des durch das Delikt Erlangte gerichtet ist. Um dem Kläger diese Möglichkeit zu eröffnen, bedienten sich die Gerichte der Fiktion, daß der Kläger darauf verzichtet habe, sich auf das rechtswidrige Verhalten des Beklagten zu berufen ("to waive the tort"), und statt dessen seinen Anspruch auf einen zwischen ihm und dem Beklagten bestehenden Vertrag stütze, der diesen zur Herausgabe oder Vergütung des Erlangten verpflichte²⁾. Die Erfüllung dieser Verpflichtung konnte der Kläger dann mit "assumpsit" erwirken. Diese Fiktion wird inzwischen nicht mehr aufrecht erhalten. Es ist anerkannt, daß dem Kläger im Fall deliktischen Handelns des Beklagten zwei verschiedene Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen, die er

1) Vgl. dazu KÖNIG, Festschrift für von Caemmerer S. 179 ff.

2) PROSSER, S. 628 ff.; DOBBS, S. 238 ff.; GOFF/JONES, S. 469; MUNKMAN, S. 12 ff.; STOLJAR, S. 86 ff.; WINFIELD, S. 91 ff.

wahlweise geltend machen kann¹⁾.

Das Recht, aus quasi-contract gegen den deliktisch handelnden Beklagten vorzugehen, wurde zuerst im Fall einer Amtsanmaßung anerkannt - der wahre Amtsinhaber konnte Einkünfte aus dem Amt, die dem Nichtberechtigten zugeflossen waren, mit der *assumpsit*-Klage herausverlangen²⁾ -, bald auch im Fall einer "conversion"³⁾, als ein Verwalter Schuldverschreibungen zu eigenem Vorteil verkauft hatte und auf die erhaltenen Verträge in Anspruch genommen wurde⁴⁾. Andere Delikte bei denen traditionell der "waiver of tort" möglich ist, sind "trespass, detainue" und "deceit"⁵⁾.

Die Möglichkeit, statt Schadensersatz zu verlangen, mit "assumpsit" auf das durch das Delikt Erlangte, also auf den Eingriffserwerb, zugreifen zu können, bedeutet nun aber nicht ohne weiteres, daß auf diese Weise auch Gewinne des Beklagten herausverlangt werden konnten. Die traditionelle Lehre, wie sie in den klassischen Abhandlungen von KEENER und WOODWARD, CORBIN und AMES⁶⁾ dargelegt worden ist, verneinte eine Pflicht zur Herausgabe des auf Grund eines Delikts erzielten Gewinns, sondern verpflichtete den Beklagten nur zum Ersatz des Wertes des Erlangten:

"Perhaps it was arguable at one time that the obligation of a tortfeasor is analogous to that of a constructive trustee and that he should be held accountable for any profits derived by him from his wrongful act. It seems to be now taken for granted, however, that the obligation is not to

1) PROSSER a. a. O.; *Ablah v Eyman* (FN 3 S. 24).

2) *Woodward v Ashton* (1676) 2 Mod.Rep. 95, 86 Eng.Rep. 961.

3) Zum Begriff der "conversion" siehe oben S. 43 m. w. N.

4) *Lamine v Dorrel* (1706) 2 LD Raym 1216.

5) WOODWARD, § 276, GOFF/JONES, S. 469; MUNKMAN, S. 13; WINFIELD, S. 94.

6) KEENER, *Treatise on the Law of Quasi-Contract* (1893); WOODWARD, *The Law of Quasi-Contracts* (1913); CORBIN, 19 Yale L.J. 221 (1909-10); AMES, 19 Harv.L.Rev 511 (1905-06).

account for profits but to make restitution. It follows that it is not enough to show that the defendant has been enriched by his wrong; it must further appear that the benefit received by him has been taken from the plaintiff. As Professor Keener puts it, there must be 'not only a plus, but a minus quantity'." 1)

So sollte es dem Kläger bei einer Patentverletzung gestattet sein, den Wert der Patentverwendung, bei dem Gebrauch einer Sache den Gebrauchswert herauszuverlangen, nicht aber die durch die Patentverletzung oder den Gebrauch beim Beklagten entstandenen Gewinne²⁾.

1. Die Herausgabe des Veräußerungsgewinns.

Eine Ausnahme wurde von dieser Regel allerdings zugelassen. Besteht das Delikt des Beklagten darin, daß er eine Sache des Klägers unberechtigt verkauft, so kann der Kläger nicht nur als Schadensersatz den Wert der Sache liquidieren, sondern mit der "action for money had and received" auch den Verkaufserlös herausverlangen. Es besteht somit dieselbe Regelung, wie sie im deutschen Recht in § 816 Abs. 1 BGB normiert ist. Während § 816 BGB aber - nach allerdings bestrittener Auffassung -³⁾ auf dem Gedanken der Surrogation beruht, wird im amerikanischen Recht der Gedanke der Geschäftsführung ohne Auftrag herangezogen. Der Kläger kann den Verkauf nachträglich als für seine Rechnung getätigt gelten lassen ("to ratify the sale") und den Beklagten als seinen "agent" auf Herausgabe des Verkaufserlöses angehen⁴⁾. Liegt der erzielte Erlös über dem Wert der Sache, kann er auf diese Weise

1) WOODWARD, § 274; vgl. KEENER, S. 163.

2) WOODWARD, §§ 288, 290; zum ganzen YORK 4 UCLA L.Rev. 499, 504 (1957).

3) VON CAEMMERER, Festschr. f. Lewald, S. 446 (Ges.Schr. I, S. 283); LOPAU, S. 12; a.A. JAKOBS, S. 55 f.; WILHELM, S. 57 ff.

4) DOBBS, S. 238; American Smelting & Refining Co. v Swisshelm Gold Silver Co. 63 Ariz.204, 160 P.2d 757 (1945).

einen Gewinn herausverlangen. Zwar will CORBIN¹⁾ auch in diesem Fall dem Kläger die Gewinnabschöpfung versagen, überwiegend wird aber die Gewinnhaftung grundsätzlich bejaht²⁾.

Das Hauptanwendungsgebiet des "waiver of tort" bilden die Fälle, in denen der Beklagte unberechtigt in fremde Rechtspositionen eingegriffen hat, ohne daß zwischen den Parteien eine Leistungsbeziehung bestand. Aber auch der Leistende kann die Möglichkeit des "waiver" und damit der Gewinnhaftung haben. Hat der Beklagte die Leistung durch unredliches Verhalten, vor allem durch arglistige Täuschung ("fraud") des Leistenden erlangt, stellt dieses Verhalten eine "conversion" dar³⁾. Der Kläger kann den Vertrag anfechten und auf diese Weise den Rechtsübergang "ex tunc" rückgängig machen, so daß ein Verkauf der erlangten Sache auch vor Anfechtung einen Eingriff in seine Rechtsposition und damit eine erneute "conversion" darstellt, die den Beklagten zur Herausgabe des Verkaufserlöses verpflichtet⁴⁾.

In diesem Fall hängt die Gewinnhaftung von einem arglistigen Verhalten des Beklagten ab. Fraglich ist daher, inwieweit der Kläger einen Verkaufsgewinn auch dann herausverlangen kann, wenn der Beklagte gutgläubig gehandelt hat. Eine "conversion" setzt ein schuldhaftes Handeln des Eingreifenden nicht voraus⁵⁾. Der Verkauf einer fremden Sache ist daher auch dann ein Delikt, wenn der Nichtberechtigte ohne Verschulden, etwa wegen eines schuldlosen Irrtums über die Rechtsinhaberschaft, den Verkauf tätigt. Bei Leistungen stellt sich demnach die Frage, ob der

1) CORBIN 19 Yale L.J. 221, 224 (1909-10).

2) DOBBS, S. 239; WOODWARD, § 292; YORK a. a. O. (FN 2 S. 64), S. 505; England: GOFF/JONES, S. 481; FRIDMAN 18 Mod.L.Rev. 1, 6 (1955); STOLJAR, S. 95; STREET, Torts S. 446.

3) HARPER/JAMES, § 2.16; Haganir v Cotter 102 Wis.323, 78 N.W. 423 (1899).

4) Pollack v Staunton 293 P.26 (Cal.1930).

5) HARPER/JAMES, § 2.16; Ferrous Products Co. v Gulf States Trading Co. 323 S.W.2d 292 (Tex. 1959).

Leistungsempfänger auch dann auf den Gewinn haftet, wenn der dem Leistenden zustehende Anfechtungsgrund nicht auf einem unredlichen Verhalten des Leistungsempfängers basiert - z.B. bei Minderjährigkeit oder einer "innocent misrepresentation" -. Mit diesem Problem hatte sich das Gericht in Carpenter v Grow¹⁾ zu befassen:

Der Kläger, ein Minderjähriger, hatte vom Beklagten ein Automobil für 1,450.- Dollar gekauft. Der Beklagte nahm den alten Wagen des Klägers für 850.- Dollar in Zahlung, der Kläger zahlte 50 Dollar in bar und akzeptierte Wechsel über die Restsumme. Der Beklagte verkaufte den erhaltenen Wagen für 900 Dollar weiter. Nachdem ein Wechsel vom Vater des Beklagten bezahlt worden war, focht der Kläger den Vertrag an, bot eine Rückgabe des gekauften Automobils an und verlangte den von ihm und seinem Vater bezahlten Betrag und den vom Beklagten erzielten Verkaufserlös von 900 Dollar heraus. Das Gericht verurteilte den Beklagten nur zum Wertersatz, nicht aber zur Herausgabe des Verkaufserlöses. Es führte aus, daß der Kläger den Wiederverkaufspreis nicht verlangen könne, da der Weiterverkauf keine "conversion" gewesen sei.

Diese Tatsache ist an sich erstaunlich, da das Gericht davon ausging, daß der Vertrag und damit auch der Rechtsübergang rückwirkend von Anfang an nichtig gewesen sei ("void ab initio"). Während aber im Fall einer arglistigen Täuschung der Rechtserwerb von vornherein mit einem dem Beklagten bekannten Mangel behaftet ist, konnte der Beklagte im vorliegenden Fall bis zur Anfechtung auf seinen rechtmäßigen Erwerb vertrauen. Das Gericht berücksichtigte diesen Umstand:

"At the time when the defendant sold it, he held it as owner under an existing valid contract. The subsequent avoidance of the contract under which it had been done could not convert these acts of the defendant into a tort."

Somit ist zu unterscheiden: Hat der Beklagte den Leistenden arglistig getäuscht, stellt der Erwerb eine "conversion" dar und ebenso die Weiterveräußerung, die einen

1) 247 Mass. 133, 141 N.E. 859 (1923).

quasikontraktlichen Anspruch auf den erzielten Erlös einschließlich eines Gewinns auslöst. Gleiches gilt, wenn der Beklagte nach Kenntnis von der Rechtsgrundlosigkeit verfügt¹⁾. Hat der Beklagte dagegen wie im Fall Carpenter v Grow im guten Glauben an seine Berechtigung verfügt, haftet er nur auf Wertersatz, der sich nach dem Wert zur Zeit der Leistung bemißt.

Das aber bedeutet, daß eine Gewinnhaftung des Leistungsempfängers mittels "waiver of tort" bei Verkauf einer fremden Sache nur dann erfolgt, wenn der Leistungsempfänger in bösem Glauben über die geleistete Sache verfügt hat.

Zu diesem Ergebnis gelangt auch die Literatur. Soweit sie sich mit dieser Frage befaßt, wird eine Gewinnhaftung des gutgläubigen Schuldners abgelehnt²⁾.

Möglich ist eine Haftung des bösgläubigen Leistungsempfängers - und auch des Eingreifers - auf den Verkaufsgewinn, ob sie allerdings jemals praktisch geworden ist, muß bezweifelt werden. Zwar wird in einigen Entscheidungen auf die Möglichkeit hingewiesen, mittels "waiver of tort" auch Gewinne abzuschöpfen³⁾; ein Fall, in dem der Beklagte tatsächlich einen Verkaufsgewinn herauszugeben hatte, findet sich aber nicht.

Für diesen Umstand lassen sich mehrere Gründe anführen: Einerseits wird ein Gewinn durch den Verkauf einer Sache zu einem über dem Marktwert liegenden Erlös nicht sehr häufig erzielt werden. Wer auf dem Markt etwas verkauft, wird in der Regel den Marktpreis erhalten. Ein Gewinn wird daher im allgemeinen nur dann erzielt, wenn verschiedene Handelsstufen und damit verschiedene Märkte existieren, also ein en gros erworbener Gegenstand en détail weiter verkauft wird, oder wenn die

-
- 1) Restatement Rest. §§ 151, 155 Comm. a; HARPER/JAMES, § 2.16; WOODWARD, § 278.
 - 2) Rest. of Restitution, §§ 202, 203; AMES, 19 Harv.L.Rev. 511 (1905-06); DOBBS, S. 239; DOUTHWAITE, 19 Hast.L.J. 1071, 1072 (1968); 5 SCOTT, § 509. GOFF/JONES, S. 481.
 - 3) Ingram v Rankin 47 Wis.406, 2 N.W.755, 32 Am.Rep. 762 (1879); Heinze v McKinnon 205 F. 366 (C.C.A. 2nd Cir. 1913); Janiszewski v Behrmann 345 Mich. 8, 75 N.W.2d 77 (1956).

erworbene Sache durch Verarbeitung oder Veränderung der Marktlage in ihrem Wert gestiegen ist. Praktische Relevanz scheinen Fälle dieser Art für das Restitutionsrecht nicht gewonnen zu haben¹⁾. Die Gerichte gehen daher wohl - zu Recht - davon aus, daß der Verkaufspreis zugleich dem Marktpreis und damit dem Wert der verkauften Sache entspricht²⁾, und schenken der Frage, ob ein Gewinn erzielt worden ist, keine besondere Beachtung, wenn es an weiteren Anhaltspunkten fehlt. Ein Beispiel ist die Entscheidung Creach v Ralph Nichols Co.³⁾:

Der Beklagte hatte gutgläubig einen gestohlenen Wagen für 2,053.21 Dollar gekauft und vier Tage später durch einen Kommissionär für 2.295 Dollar weiterverkauft, so daß ihm nach Abzug der Kommission ein "profit" von 127 Dollar verblieb. Der Kläger verlangte den Verkaufspreis heraus. Das Gericht sprach ihm zu, ohne sich die Frage zu stellen, ob der Verkaufspreis vom Marktwert abwich. Wert und Verkaufspreis wurden gleichgesetzt⁴⁾. Die vom Beklagten geforderte Anrechnung der von ihm erbrachten Gegenleistung und damit eine Haftung allein auf den "profit" des Beklagten lehnte es dagegen ab.

Ein weiterer Grund scheint noch maßgeblicher zu sein: Die Haftung des Verkäufers auf den Verkaufserlös ist nicht bewußt angeordnet worden, um Gewinne abzuschöpfen, sondern hat in erster Linie historische Gründe. Die Assumpsit-Klage war in ihrer ursprünglichen und historisch bedeutendsten Form auf Geld gerichtet ("money had and received")⁵⁾.

1) Zur Abschöpfung von Werterhöhung s.u. S. 75 ff.

2) Vgl. DOBBS, S. 238.

3) 37 Tenn.App. 586, 267 S.W.2d 132 (1954).

4) "it is difficult to see how it is any more hardship upon the innocent purchaser of property stolen to be held liable for the proceeds of the resale, than for the property itself"; ebenso Broadway Furniture v Bates 91 S.W.2d 300 (Tenn.1936); an anderer Stelle spricht das Gericht davon: "In his bill complainant waived his action in tort and sued for the value of the automobile."; vgl. auch WADE, S. 215.

5) MAITLAND, S. 55 ff.

Die ersten Fälle, in denen eine Klage aus "quasi-contract" statt der Deliktsklage zugelassen worden ist, waren daher Fälle in denen der Beklagte Geld erhalten hatte und der Kläger daher mit der "action for money had and received" vorging¹⁾. In Befolgung dieser Präjudizien wurde der "waiver of tort" später nur zugelassen, wenn der Kläger mit "money had and received" vorgehen konnte. Hatte der Beklagte eine Sache erlangt, war die quasikontraktliche Klage daher nur gegeben, wenn Geld an die Stelle der Sache getreten war. Nur aus diesem Grund entwickelte sich statt einer Wertersatzhaftung eine Haftung auf den Verkaufserlös.

Heute ist diese Beschränkung des "waiver of tort" in den meisten Staaten aufgehoben²⁾. Der Kläger kann auch den Wert des Erlangten herausverlangen ("quantum valebat"), was in vielen Fällen für ihn von Vorteil ist, wenn der Beklagte unter Wert verkauft hat³⁾.

Die eigentlichen Beweggründe, die den Kläger dazu brachten, mit einer quasikontraktlichen statt mit einer Deliktsklage vorzugehen, waren die prozessualen Vorteile, die eine quasikontraktliche Klage gegenüber einer Deliktsklage auszeichneten⁴⁾. Im Gegensatz zur Deliktsklage konnte die quasikontraktliche Klage als Widerklage gegenüber

1) S.u. S. 62.

2) PROSSER, S. 629; anders noch: Andersen Equipment Co. v Findley 350 Pa. 399, 39 A.2d 520 (1944); McDonald v First National Bank of McKeesport 353 Pa. 29, 44 A.2d 265 (1945); Stein v Cherry 158 Pa.Super. 329, 44 A.2d 846 (1945); Janiszewski v Behrmann (FN 3 S. 67) und die engl. Rspr., vgl. GOFF/JONES, S. 470 f.

3) Terry v Munger 121 N.Y. 161, 24 N.E. 272 (1890); Felder v Reeth 34 F.2d 744 (C.C.A. 9th.1929); außerdem bleiben die Vorteile der Assumpsit-Klage erhalten, dazu im folgenden.

4) Vgl. näher TELLER, 2 N.Y. Law Forum 40 (1956); WADE, S. 229; Comment, 46 Mich.L.Rev. 543, 552 (1947-48); FRIDMAN, a. a. O. (FN 2 S. 65); STOLJAR, S. 94 ff.

einer Vertragsklage erhoben werden¹⁾, oder der Kläger konnte, wenn er mit Assumpsit vorging, einen Arrest ("writ of attachment") beantragen²⁾. Mit der quasikontraktlichen Klage konnte auch gegen die Erben vorgegangen werden³⁾, für sie bestanden häufig längere Verjährungsfristen⁴⁾, oder Beschränkungen, denen Deliktsklagen gegen öffentliche Körperschaften unterlagen, konnten umgangen werden⁵⁾.

Diese verschiedenen Vorteile dem Kläger nutzbar zu machen, war der Grund für die Zulassung des "waiver of tort". In den meisten Fällen stehen diese Fragen jedenfalls im Mittelpunkt der rechtlichen Erörterung, während die Gewinnhaftung - wie dargelegt - bisher nur am Rande Erwähnung fand.

2. Die Herausgabe von Gewinnen, die durch den Gebrauch einer Sache erzielt worden sind.

Obwohl die traditionelle Lehre eine Gewinnhaftung mit Ausnahme einer Haftung auf den Verkaufserlös bei Verkauf fremder Sachen nicht zuließ, hat die Rechtsprechung in einigen wenigen Fällen, in denen fremde Sachen unbefugt benutzt worden waren, nicht nur den objektiven Gebrauchswert dem Kläger zugesprochen. Es handelt sich dabei allerdings sämtlich um Fälle der Eingriffskondiktion.

-
- 1) Kubat v Zika 186 Minn. 122, 242 N.W. 477 (1932); Stein v Cherry (FN 2 S. 69); Siegman v Siegman 62 P.2d 16 (Ore.1936); Andersen Equipment Co. v Findley (FN 2 S. 69).
 - 2) Piedmont Grocery Co. v Hawkins 98 S.E. 152, 4 A.L.R. 828 (W.Va.1919); McCall v Superior Court (FN 5 S. 17); Los Angeles Drug Co. v Superior Court 8 Cal.2d 71, 63 P.2d 1124 (1936); Bank of America Nat. Trust & Savings ASS'N v Hill 9 Cal.2d 495, 71 P.2d 258 (1937).
 - 3) Treasurer and Receiver General v Skeeahan 288 Mass. 468, 193 N.E. 46 (1934).
 - 4) Andersen v Thude 25 P.2d 272 (Ariz. 1933); Wagner v Blankenship 250 P.2d 464 (Okla.1952); Dentists' Supply Co. of N.Y. v Cornelius 281 App.Div. 306, 119 N.Y.S.2d 570 (1953), aff'd 306 N.Y. 622, 116 N.E.2d 238 (1953); Janiszewskis v Behrmann (FN 3 S. 67).
 - 5) District of Columbia v Hamilton Nat. Bank 76 A.2d 60 (D.C.1950); vgl. ANDERSON, 30 Minn. L.Rev. 133 (1946); für weitere Vorteile von Assumpsit vgl. WADE, S. 229.

In Olwell v Nye & Nissen Co.¹⁾ hatte der Beklagte eine Eierwaschanlage unberechtigt und ohne Wissen des Rechtsinhabers benutzt. Das Gericht verurteilte den Beklagten nicht zur Zahlung eines angemessenen Mietzinses, sondern berechnete das "benefit" des Beklagten, indem es die Kosten zugrundelegte, die dem Beklagten entstanden wären, hätte er die Eier - wie vorher - per Hand waschen lassen. Diesen Betrag in Höhe von 1,560.00 Dollar sah es als den Gewinn an, der dem Beklagten durch den Gebrauch der Maschine entstanden war und den der Kläger herausverlangen konnte. Die Maschine selbst war nur 600 Dollar wert.

In Ablah v Eymann²⁾ hatte der Beklagte unrechtmäßig Arbeitsunterlagen eines früher von ihm engagierten "public accountant" mit "replevin" an sich gebracht und im Zusammenhang mit einer Rechnungsprüfung durch den "Internal Revenue Service" verwendet. Auf diese Weise ersparte er erhebliche Summen, die er sonst selbst für die Herstellung dieses Materials hätte verwenden müssen. Das Gericht verurteilte ihn zur Herausgabe dieser ersparten Summen.

Erwähnt werden soll in diesem Zusammenhang noch die Entscheidung Edwards v Lee's Adm'r³⁾, obwohl das Gericht sich nicht ausdrücklich auf "waiver of tort" stützte:

Der Beklagte hatte auf seinem Grundstück den Eingang zu einer unterirdischen Höhle entdeckt, diese Besuchern zugänglich gemacht und auf diese Weise erhebliche Gewinne erzielt. Da die Höhle sich zu einem Drittel unter dem Grundstück des Klägers befand, begehrte dieser eine entsprechende Beteiligung am Gewinn. Sie wurde ihm gewährt, obwohl die Höhle von seinem Grundstück aus nicht zugänglich war, er selbst den Gewinn daher nicht hätte erzielen können.

Betont werden muß, daß in allen drei Fällen der Eingreifer vorsätzlich gehandelt hatte. In Olwell v Nye & Nissen Co. war die Tatsache, daß der Beklagte ein "conscious wrongdoer" war, der die Entscheidung tragende Grund⁴⁾, und auch im letztgenannten Fall betonte das Gericht, daß der Beklagte nicht ein "innocent", sondern ein "wilful

1) 26 Wash.2d 282, 173 P.2d 652, 169 A.L.R. 139 (1946).

2) (FN 3 S. 24).

3) 265 Ky. 418, 96 S.W.2d 1028 (1936); s. dazu die Anmerkungen in 37 Col.L.Rev. 503 (1937); 31 Ill.L.Rev. 680 (1937); 35 Mich.L.Rev. 1190 (1937).

4) 173 P.2d 654, 169 A.L.R. 142.

trespasser" gewesen sei¹⁾. Auch diese Entscheidungen bestätigen somit, daß eine Gewinnhaftung mittels "waiver of tort" nur den bösgläubig handelnden Anspruchsgegner trifft²⁾.

3. Zusammenfassung.

Als Ergebnis kann man feststellen, daß die Gewinnhaftung mittels "waiver of tort" nur geringe praktische Bedeutung gewonnen hat. Man kann den "waiver" daher auch nicht vornehmlich als ein Instrument der Gewinnhaftung betrachten³⁾. Es wird davon auszugehen sein, daß die Gewinnhaftung in Fällen der Leistungskondition mittels "waiver of tort" nur ermöglicht wird, wenn der Leistungsempfänger mit Kenntnis vom Mangel des Rechtsgrundes, hauptsächlich im Fall einer arglistigen Täuschung, Gewinne erzielt hat. In Fällen der Eingriffskondition wird sie schuldhaftes Verhalten, im allgemeinen Vorsatz des Eingreifers voraussetzen.

Die eigentliche Bedeutung des "waiver of tort" liegt zum einen darin, dem Kläger die prozessualen Vorteile des quasikontraktlichen Anspruchs zu verschaffen, zum anderen eine Haftung auf den Eingriffserwerb in Fällen zu ermöglichen, in denen eine Deliktsklage mangels Schadens nur "nominal damages" erbringen würde. Das ist z.B. der Fall, wenn fremde Sachen von einem Dritten zu einer Zeit unbefugt benutzt werden, zu der der Eigentümer für sie keine Verwendung gehabt hätte⁴⁾.

1) 96 S.W.2d 1030.

2) In England scheinen Fälle dieser Art noch nicht entschieden worden zu sein, vgl. GOFF/JONES, S. 479.

3) So aber KELLMANN, S. 42 ff.; der aber nicht genügend zwischen Wertersatz und Gewinnhaftung differenziert, vgl. S. 21, 45 f. a. a. O.

4) *Raven Red Ash Coal v Ball* 185 Va. 534, 39 S.E.2d 231, 167 A.L.R. 785 (1946); vgl. Rest. Restitution, § 129; PROSSER, S. 630 m. w. N.; anders für das englische Recht *Phillips v Homfray* (1883) 24 Ch.D. 439, kritisiert von GOFF/JONES, S. 476.

II. Equity: Constructive Trust und Accounting for Profits.

Im Equity-Recht ermöglichen das Rechtsinstitut des constructive trust und die Klage auf accounting for profits eine Gewinnhaftung des Leistungsempfängers. Wird der Leistungsgegenstand zugunsten des Leistenden mit einem constructive trust belegt, ist der Leistungsempfänger als constructive trustee verpflichtet, die Surrogate herauszugeben, die er durch Veräußerung des Geleisteten erworben hat ("tracing"). Darüber hinaus kann der Leistende auch auf diejenigen Gewinne zugreifen, die der Leistungsempfänger durch einen nutzbringenden Gebrauch des Geleisteten erworben hat.

Da als allgemeine Regel anerkannt ist, daß derjenige, der durch "mistake, innocent misrepresentation, fraud, duress, undue influence" etwas erlangt hat, als constructive trustee hinsichtlich des Erlangten anzusehen ist¹⁾, könnte man folgern, daß in allen diesen Fällen, in denen eine Leistung rückabgewickelt wird, der Leistungsempfänger nicht nur zur Herausgabe des geleisteten Gegenstandes und damit zur Herstellung des "status quo ante" verpflichtet sei, sondern auch in der Zwischenzeit gezogene Gewinne herauszugeben habe. Das würde bedeuten, daß - anders als beim "waiver of tort" - nicht nur der unredliche, sondern auch der redliche Leistungsempfänger, der die Leistung irrtümlich, wegen eines Dissenses oder einer "innocent misrepresentation" ohne Rechtsgrund erlangt hat, dieser Verpflichtung unterläge.

Nun ist allerdings schon dargelegt worden²⁾, daß es sehr verschiedene Gründe sind, die die Gerichte veranlassen, einen rechtsgrundlos geleisteten Gegenstand mit einem constructive trust zu belegen. Die genannte Regel

1) Rest. Restitution §§ 160, 163, 166; 5 SCOTT, § 462.2.

2) Siehe oben S. 29 ff.

besagt daher nur, daß bei der Rückabwicklung aus "mistake, fraud, etc." ein constructive trust auferlegt werden kann, sie spezifiziert aber nicht näher, aus welchen Gründen und für welche Zwecke das im einzelnen geschehen kann. Ein Beispiel mag dies erläutern:

In In Re Berry¹⁾ wurde zugunsten des Klägers, der irrtümlich einen Geldbetrag geleistet hatte, ein constructive trust angenommen. Auf diese Weise wurde dem Kläger ein Konkursvorrecht vor den übrigen Gläubigern des Beklagten verschafft. Ein unredliches Verhalten des Schuldners spielte bei der Abwägung der Interessen der verschiedenen Gläubiger keine Rolle.

In Lee v Gram²⁾ hatte der Beklagte irrtümlich Bäume auf dem Grundstück des Klägers gefällt und verwertet. Da die Verjährungsfrist für die deliktische Klage aus "conversion" abgelaufen war, berief sich der Kläger auf einen constructive trust zu seinen Gunsten, um sich auf die für diese Fälle geltende längere Verjährungsfrist berufen zu können. Das Gericht verneinte aber das Vorliegen eines constructive trust, da der Beklagte nicht in "bad faith" gehandelt hatte. Eine Verlängerung der Verjährungsfrist wäre daher nur bei Unredlichkeit des Schuldners zu erreichen gewesen.

Die Entscheidungen zeigen, daß der constructive trust schon bei "mistake" der Verschaffung eines Konkursvorrechtes dienen kann, während seine Anwendung zum Zwecke der Verlängerung von Verjährungsfristen "fraud", also unredliches Verhalten des Beklagten, voraussetzt. Somit hängt es von der jeweiligen Funktion, die der constructive trust erfüllen soll, ab, ob die Unredlichkeit des Schuldners Voraussetzung für die Auferlegung des constructive trust ist. Dementsprechend bedarf es noch näherer Untersuchung, ob einem constructive trust zum Zwecke der Gewinnhaftung auch der redliche oder nur der unredliche Beklagte ausgesetzt ist.

1) Zitiert in FN 7 S. 31.

2) Lee v Gram 105 Ore. 58, 209 P.474 (1922).

1. Herausgabe von Veräußerungserlösen.

a. Verkaufsgewinne infolge von Wertsteigerung des Erlangten.

aa. Der Schutz des Minderheitsaktionärs.

Aktionäre, vor allem Minderheitsaktionäre einer sog. "close corporation", für deren Aktien ein ihren Wert bestimmender Markt nicht besteht¹⁾, genießen besonderen Schutz, wenn sie ihre Aktien an Direktoren und leitende Angestellte der Gesellschaft veräußern. Derartige Verkäufe kommen häufig vor, wenn jene zugleich auch Mehrheitsaktionäre der Gesellschaft sind. Da sie als "insider" die bessere Kenntnis über die Geschäftsverhältnisse der Gesellschaft haben, könnte es sonst leicht zu einer Übervorteilung der Minderheitsaktionäre kommen.

So kann der Aktionär nicht nur den wahren Wert seiner Aktien verlangen, wenn er sie mangels korrekter Unterrichtung durch den Vertragspartner unter Wert verkauft hat²⁾, sondern er kann auch Gewinne abschöpfen, die dem Käufer durch nachfolgende Wertsteigerung der Aktien entstanden sind, wenn der Käufer den Aktionär von einer möglichen günstigen Geschäftsentwicklung nicht unterrichtet hatte:

In Blazer v Black³⁾ hatte der Präsident einer Gesellschaft die Aktien von Minderheitsaktionären für 12 Dollar per Stück erworben, angeblich um einen von den Aktionären gewünschten Verkauf der Gesellschaft tätigen zu können. Er beabsichtigte allerdings keinen Verkauf, sondern behielt die Aktien. Es gelang ihm in der Folgezeit, die Geschäftsverhältnisse erheblich zu verbessern und drei Jahre später die Aktien für 51.06 Dollar pro Stück weiter zu verkaufen.

1) Näher vgl. 7 A.L.R.3d 500

2) Stewart Harris 77 P. 277 (Kan. 1904); Northern Trust Co. v Essaness Theatres Co. 348 Ill.App. 134, 108 N.E.2d 493 (1952); z.B. wenn Direktoren nicht über ein vorliegendes günstiges Kaufangebot unterrichten: Oliver v Oliver 118 Ga. 362, 45 S.E. 232 (1903); Jacquith v Mason 156 N.W. 1041 (Neb. 1916); Hotchkiss v Fischer 16 P.2d 531 (Kan. 1932); Jacobson v Yaschik 155 S.E.2d 601 (S.C. 1967).

3) 196 F.2d 139 (C.C.A. 10th Cir. 1952).

Das Gericht urteilte, es habe von Anfang an ein Plan bestanden, auf Kosten der Aktionäre diesen Gewinn zu erwirtschaften. Durch sein Verhalten sei der Beklagte zum trustee zugunsten der Verkäufer geworden und müsse die durch den Verkauf erzielten Gewinne herausgeben.

Grundlage dieser Entscheidung war die sog. "minority rule", nach der zwischen den Direktoren oder leitenden Angestellten einer Gesellschaft und deren Minderheitsaktionären eine "fiduciary relationship" besteht¹⁾. Die Handlungsweise des Beklagten stellte einen vorsätzlichen Bruch dieses Treueverhältnisses dar, der nach allgemeinen Regeln den Beklagten die Stellung eines "constructive trustee" hinsichtlich der durch die Verletzung seiner Pflichten erlangten Vorteile aufzwang²⁾.

Nicht mehr auf die Verletzung einer "fiduciary relationship" beruhte die Gewinnhaftung in Janigan v Taylor³⁾:

Der Beklagte, Präsident einer Aktiengesellschaft, hatte auf einer Aktionärsversammlung wissentlich falsche Angaben über die Geschäftsentwicklung der Gesellschaft gemacht, was die Aktionäre zu einem Verkauf der Aktien an den Präsidenten veranlaßte. Abschließend trat nicht nur die dem Präsidenten bekannte, sondern eine zur Zeit der Falschinformation noch nicht absehbare erhebliche Verbesserung der Geschäftslage ein, die es dem Beklagten ermöglichte, die für 40.000 Dollar erworbenen Aktien nach zwei Jahren für 700.000 Dollar weiterzuverkaufen.

Das Gericht verneinte das Bestehen eines Treueverhältnisses. Grundlage der Haftung auf den Verkaufsgewinn war allein die arglistige Täuschung des Beklagten. Zwar sei die weitere Entwicklung und damit die immense Wertsteigerung der Aktien zur Zeit des Kaufes nicht voraussehbar gewesen, die arglistige Handlungsweise verpflichte den Beklagten aber zur Herausgabe jeglichen Gewinns:

1) Vgl. HENN, Corporations § 239.

2) Siehe unten S. 27 ff.

3) 344 F.2d 781 (C.C.A. 6th Cir. 1965).

"it is more appropriate to give the defrauded party the benefit even of windfalls than to let the fraudulent party keep them." 1)

Ebenso hat der Verkäufer Gewinne herauszugeben, die er nicht durch einen Verkauf der Aktien, sondern durch eine Liquidation der Gesellschaft erhält²⁾.

bb. Übrige Fälle.

Grundsätzlich kann im Fall einer Rückabwicklung der Leistende, soweit er nicht mit "replevin" oder "in equity" eine Herausgabe in specie erreicht, den Ersatz des Marktwertes des geleisteten Gegenstandes zur Zeit des Vertragschlusses verlangen³⁾.

Die Abschöpfung von nach der Leistung eingetretenen Werterhöhungen ordnet das Restatement nur in Fällen an, in denen der zur Herausgabe Verpflichtete als "conscious wrongdoer" anzusehen ist, die Leistung etwa durch "fraud" oder "duress" bewirkt worden ist⁴⁾. Es folgt dabei der Regel, die zu Lasten eines "wilful converter" bei Eingriffen in Güter mit "fluctuating value" aufgestellt worden ist. In diesen Fällen ist der "converter" zum Ersatz des Wertes verpflichtet, zu dem der Rechtsinhaber die Sache hatte verkaufen wollen⁵⁾.

Auch in einem Fall von "replevin" ist eine Abschöpfung einer Werterhöhung gestattet worden⁶⁾.

1) A. a. O., S. 787.

2) Barnes v Eastern and Western Lumber Co. 287 P.2d 929 (Ore.1955); Speed v Transamerica Co. 135 F.Supp. 176, 235 F.2d 369 (C.C.A. 3rd Cir.1956); Mansfield Hardwood Lumber Co. v Johnson 268 F.2d 317 (C.C.A. 5th Cir.1959).

3) Rest. Restatement § 151, Comm. c; Carpenter v Grow (FN 1 S. 66); Hixon v Allphin (FN 3 S 48); für "trover" vgl. HARPER/JAMES, § 2.36.

4) Rest. Restitution § 151 Comm. e: "knowingly deprived the owner of his property."

5) HARPER/JAMES, § 2.38; TELLER, S. 59; DAWSON/PALMER, S. 341 ff.

6) Williams v Logue 154 Miss. 74, 122 S. 490 (1929); unentschieden ist die Rspr., wenn der Kläger nicht Herausgabe in specie verlangt, sondern auf die Sicherheitleistung des Beklagten zugreift, vgl. DAWSON/PALMER, S. 343 ff. m. w. N.

Der Beklagte hatte durch betrügerische Machenschaften den Kläger zur Leistung eines Kalbes im Wert von 8 Dollar an ihn veranlaßt. Aus dem Kalb war in der Zwischenzeit eine Kuh geworden, die einen Wert von 75 Dollar besaß. Der Beklagte wurde zur Herausgabe der Kuh verurteilt. Das Urteil basierte auf der "active, corrupt and conscious fraud" des Beklagten. Ob auch in anderen Fällen gleich zu entscheiden sei, ließ das Gericht ausdrücklich offen.

Aus alledem läßt sich schließen, daß nur der unredliche Schuldner auch zur Herausgabe einer Wertsteigerung verpflichtet wird¹⁾. Das wird richtig sein, soweit der Beklagte zum Wertersatz verpflichtet wird, weil der geleistete Gegenstand, z.B. wegen einer Veräußerung, sich nicht mehr im Vermögen des Schuldners befindet. Hat der gutgläubige Leistungsempfänger daher wegen einer Wertsteigerung einen Veräußerungsgewinn erzielt, wird er ihn behalten dürfen.

Anderes dürfte aber gelten, wenn der Leistungsempfänger den geleisteten Gegenstand noch in Händen hat. Verweigert er die Herausgabe, kann der Leistende in den meisten Fällen nach Common Law zwar nur Wertersatz verlangen²⁾, aber der Leistungsempfänger wird in diesem Fall nach den Regeln des Restatements als "conscious wrongdoer" angesehen³⁾, der Wertsteigerungen herauszugeben hat. Außerdem stellt die Verweigerung der Herausgabe eine "conversion" dar, die zur Wertersatzhaftung "at the time of conversion" führt⁴⁾. In diesem Fall ist daher der Wert maßgebend, der dem Leistungsgegenstand zum Zeitpunkt des Herausgabeverlangens zukommt.

Es ist auch nicht anzunehmen, daß eine Werterhöhung eine Herausgabe in specie nach equity-Recht, z.B. bei irrtümlicher Leistung eines Grundstücks, hindert. Immerhin beruht die Herausgabepflicht auf dem Gedanken, daß der

1) Auf "fraud" beruhen auch die Entscheidungen *Kimmel v Peach* (FN 2 S. 46) und *Munroe v Harriman* (FN 1 S. 47).
2) S. o. S. 40 ff.

3) Rest. Restitution § 155, Comm. a; § 151, Comm. a.

4) Rest. Restitution § 154, Comm. a; HARPER/JAMES, § 2.36; *Broadway Furniture v Bates* (FN 4 S. 68).

Leistende "equitable owner" des Leistungsgegenstandes bleibt, der Leistungsempfänger dagegen nur die Stellung eines "trustee" innehat.

b. Erlöse durch gewinnbringende Investition des Geleisteten.

Fälle, in denen der Leistungsempfänger nicht nur zur Herausgabe des geleisteten Gegenstandes oder zum Wertersatz zuzüglich eines etwaigen Gebrauchs- oder Mietwertes verurteilt worden ist, sondern die Rechtsfigur des "constructive trust" eingesetzt worden ist, um ihn zur Herausgabe des mit Hilfe des Gegenstandes erzielten Gewinns zu zwingen, sind in der Judikatur nur spärlich zu finden.

In Bierschwale v Oakes¹⁾ hatten die Kläger an den Beklagten zu 1) ein mit Appartmenthäusern bebautes Grundstück veräußert. Der Marktwert des Grundstücks belief sich auf 475,000.00 Dollar. Es war mit einem "lien" in Höhe von 379,000.00 Dollar belastet. Als Gegenleistung hatten die Kläger vom Beklagten zu 1) 59 "promissory notes" über je 2.000 Dollar erhalten, von denen ihnen nach Abzug der Marktgebühren 47 (= 94,000.00 Dollar) verblieben. Als Pfand für die Einlösung dieser "notes" dienten die Aktien der Gesellschaft "Southern Investors" und "Black Hardware". Die "notes" hatte der Beklagte zu 1) erhalten, als er die Gesellschaft "Southern Investors" an die Aussteller der Wechsel veräußerte. Das Vermögen dieser Gesellschaft bestand lediglich in den Aktien von "Black Hardware", einer Gesellschaft, die den Großhandel mit Eisenwaren betrieb.

Die Kläger hatten die "notes" als Gegenleistung angenommen, da sie den Angaben des Erstbeklagten über die Zahlungsfähigkeit der Aussteller und über die angeblich gute Finanzlage von "Black Hardware" vertrauten, nachdem eigene Nachforschungen nichts Gegenteiliges erbracht hatten. In Wirklichkeit stand "Black Hardware" kurz vor dem Ruin. Dem Erstbeklagten war ihre schlechte finanzielle Lage bekannt, da er früher Präsident dieser Gesellschaft gewesen war und selbst beträchtliche Summen dieser Gesellschaft entnommen hatte, bevor er die Kontrolle über sie durch Verkauf von "Southern Investors" abgab.

Das von den Klägern veräußerte Grundstück wurde von dem Beklagten zu 1) auf die Beklagten zu 2), eine Aktiengesellschaft, übertragen, deren Aktien sich vollständig

1) 497 S.W.2d 506, rev'd 516 S.W.2d 125 (Tex. 1974).

im Besitz des Beklagten zu 1) befanden. Die Beklagte zu 2) veräußerte das Grundstück für insgesamt 134,000.00 Dollar an einen Dritten. 40,000.00 Dollar erhielt sie in bar, den Rest in "promissory notes".

Die Kläger erhielten auf die ihnen übertragenen "notes" nur für zwei Monate Zahlungen. Danach wurden die Zahlungen eingestellt. Die Gesellschaft "Black Hardware" ging in Konkurs.

Mit ihrer Klage begehrten die Kläger die Aufhebung des Kaufvertrages und die Herausgabe des von der Beklagten zu 2) erzielten Veräußerungserlöses.

Der District Court gab der Klage statt. Soweit die von der Beklagten zu 2) beim Weiterverkauf erworbenen "promissory notes" sich noch in ihrem Vermögen befanden, wurden sie mit einem constructive trust belegt. Außerdem wurden die Beklagten zur Zahlung der Differenz zwischen dem Wert dieses Wechsel und dem erzielten Veräußerungserlös verurteilt.

Mit ihrem "appeal" machten die Beklagten unter anderem geltend, daß ihre Verpflichtung nicht den Schaden der Beklagten in Höhe von 94,000.00 Dollar übersteigen dürfe.

Dieser Einwand wurde zurückgewiesen. Das Gericht verwies auf §§ 151,160 des Restatement of Restitution. Die Beklagten seien zur vollständigen Herausgabe des erzielten Veräußerungserlöses einschließlich eines Gewinns verpflichtet, da der Beklagte zu 1) eine arglistige Täuschung begangen habe, die sich die Beklagte zu 2) zurechnen lassen müsse. Das Gericht bezog sich bei seiner Argumentation auf diejenigen Kommentierungen des Restatements, in denen eine Gewinnherausgabe für den Fall eines "conscious wrongdoing" befürwortet wird.

Die Entscheidung wurde insoweit vom Supreme Court of Texas bestätigt.

In Peine v Murphy¹⁾ hatte der Kläger dem Beklagten, mit dem er gemeinsam Immobiliengeschäfte tätigte, ein Darlehen über 6,275 Dollar gewährt. Diese Geldsumme entsprach dem Anteil des Beklagten an den Kosten des Erwerbs und der Erschließung von Grundstücken in Hawaii, die die Parteien in gemeinsamer Unternehmung parzellieren und als Baugrundstück weiterverkaufen wollten. Der Beklagte hatte, um den Kläger zur Hingabe des Darlehens zu bewegen, auf ein angeblich von ihm früher getätigtes Immobiliengeschäft hingewiesen, an dessen Ertrag er den Kläger zur Hälfte beteiligen wollte, obwohl der Kläger an der Finanzierung nur geringen Anteil hatte.

Später stellte sich heraus, daß der Beklagte den Abschluß dieses Geschäfts nur vorgespiegelt und den Finanzbeitrag des Klägers unterschlagen hatte. Inzwischen hatte er auch einen Teil des erworbenen Baulands ohne Wissen des Klägers auf eigene Rechnung verkauft.

1) 377 P.2d 708 (Hawaii 1962).

Der Kläger focht daher die Vereinbarung über die gemeinsame Erschließung des erworbenen Grundstücks und die Darlehensvereinbarung wegen arglistiger Täuschung an. Das Gericht erster Instanz verurteilte den Beklagten zur Übertragung des mit der Darlehenssumme erworbenen Anteils an dem Bauland an den Kläger und zur Herausgabe der aus den eigenmächtigen Verkäufen stammenden Erlöse. Gegen diese Entscheidung wandte der Beklagte ein, daß der Wert des Baulandes und damit seines Anteils inzwischen erheblich im Werte gestiegen sei. Der Kläger würde daher nicht nur in den "status quo ante" wie erforderlich zurückversetzt, sondern sogar in eine bessere Position. Das Berufungsgericht bestätigte das Urteil.

Die Grundlage dieser Entscheidung bildete die Tatsache, daß der Beklagte die Darlehenssumme durch arglistige Täuschung und damit durch ein "conscious wrongdoing" erhalten hatte. Der "conscious wrongdoer" sei aber streng zu behandeln und auch zur Herausgabe eines Gewinns verpflichtet. Nur auf diese Weise könne man davon abschrecken, sich auf unredliche Weise Geld zu verschaffen, um damit auf fremdes Risiko Gewinne zu erwirtschaften:

"Rescission and restitution to plaintiff by defendant for merely the advance and loan made by plaintiff for the purchase and development of "Hilo Acres" as contended by defendant, would have little or no deterrent effect, for wrongdoers would run no risk of liability to their victims of fraud beyond returning what they fraudulently obtained."

In Newman v Newman¹⁾ hatte der Beklagte seinem greisen und altersschwachen Vater vorgespiegelt, daß dieser bald erblinden werde. Er erreichte auf diese Weise, daß der Vater ihm ein Grundstück und andere Vermögenswerte übertrug.

Der Beklagte wurde zur Herausgabe des Erlangten und auch zur Herausgabe eines mit geleistetem Geld erworbenen Grundstücks verurteilt. Sein Einwand, er habe durch eigene Aufwendungen den Wert des erworbenen Grundstücks gesteigert, war unerheblich. Allerdings konnte er die Kosten seiner Aufwendung beanspruchen.

Hat eine Person Geld gestohlen oder unterschlagen, wird sie hinsichtlich dieser Summe zum "constructive trustee" des Geschädigten. Erwirbt sie mit dem Geld eine Lebensversicherung, kann der Geschädigte auf die Versicherungssumme zugreifen, obwohl diese Summe kraft Gesetz nicht der Zwangsvollstreckung unterliegt. Gleiches gilt, wenn

1) 48 N.E.2d 455 (Ind. 1943).

eine Geldsumme durch arglistige Täuschung erlangt worden ist¹⁾. Stirbt nun der Versicherte frühzeitig, übersteigt die fällige Versicherungssumme erheblich die gezahlten Prämien, und der Geschädigte könnte durch den Zugriff auf diese Summe einen erheblichen Gewinn aus dem Nachlaß herausverlangen. Diese Möglichkeit wird ihm in der Literatur auch zugestanden²⁾. In der Rechtsprechung lassen sich allerdings Fälle, in denen der Geschädigte aus dem Nachlaß des Schädigers mehr erhält, als ihm durch den Schädiger genommen worden ist, nicht finden³⁾.

Auf alle Fälle wäre auch diese Form der Gewinnhaftung nur gegeben, wenn der Leistungsempfänger unredlich gehandelt hätte⁴⁾.

2. Herausgabe von Gewinnen, die durch den Betrieb eines erhaltenen Unternehmens erlangt worden sind.

In den zwei folgenden Entscheidungen haben amerikanische Gerichte die Herausgabe von Unternehmensgewinnen angeordnet.

In McGaffee v McGaffee⁵⁾ hatte der Kläger sein Installationsgeschäft fünfzehn Jahre lang gemeinsam mit seinem Sohn, dem Beklagten, betrieben. Danach gelang es dem Beklagten, den inzwischen über achtzigjährigen Kläger zur Übergabe des Geschäfts zu überreden. Der Beklagte behauptete zu diesem Zweck, die Übergabe an ihn sei notwendig, um ein Darlehen für das Geschäft erhalten zu können. Aus den Umständen, die die Unterredung der Parteien begleiteten, konnte man schließen, daß der Beklagte seinen Vater zu einer möglichst schnellen Entscheidung drängen wollte, um ihm die Möglichkeit sachkundiger Beratung oder Bedenkzeit zu nehmen. So arrangierte er die Unterredung an einem

1) 5 SCOTT, § 508.1.4; People's Nat. Bank v Waggoner 117 S.E. 6 (N.C. 1923).

2) 5 SCOTT, § 508.4; AMES 19 Harv.L.Rev. 511 (1909-06).

3) DAWSON/PALMER, S. 159 m. w. N.; die Entscheidungen sind zusammengestellt in 24 A.L.R.2d 677 (1952); weitere Nachweise bei 5 SCOTT, a. a. O.; vgl. auch WENGLER, Rechtsvgl. Handw.buch Bd. 6, S. 447.

4) 5 SCOTT, § 508.4; Sutton v Ford 220 S.W.2d 125 (Ark. 1949) für den den gleichen Regeln folgenden Fall des Zugriffs auf ein "homestead".

5) 56 N.W.2d 36 (Iowa 1952), rev'd 58 N.W. 357 (1953).

Samstag im Büro des Geschäfts, als niemand außer ihm, seinem Vater und seiner Stiefmutter anwesend war. Die notwendigen Papiere hatte er schon vorher ohne Wissen seines Vaters vorbereiten lassen, und die gesamte Verhandlung dauerte nach Aussage des Beklagten knapp eine Stunde, nach Aussage des Klägers sogar nur zehn Minuten.

Später hat die Übergabe des Geschäfts in keinem Fall bei einer Darlehensaufnahme eine Rolle gespielt.

Mit der Klage begehrte der Kläger die Rückübertragung des Geschäfts, da die Übertragung durch "fraud" und "undue influence" zustandegekommen sei. Das Geschäft hatte unter der Leitung des Beklagten in der Zwischenzeit bis zur Klage einen größeren Umfang angenommen.

Das Gericht verurteilte zur Rückabwicklung. Es nahm an, daß in diesem Fall zwischen Vater und Sohn ein Treueverhältnis ("fiduciary relationship") oder zumindest doch eine Vertrauensbeziehung ("confidential relation") 1) bestanden und der Beklagte die ihn daraus treffenden Verpflichtungen durch seine Handlungsweise verletzt habe. Da bei Bestehen einer Vertrauensbeziehung den Beklagten die Beweislast hinsichtlich seiner Redlichkeit trifft 2), ließ das Gericht offen, ob der Beklagte arglistig über seine wahren Absichten getäuscht hatte ("actual fraud"), da der Beklagte den Beweis für seine Redlichkeit nicht erbringen konnte. Die Tatsache, daß das Geschäft inzwischen einen größeren Umfang angenommen hatte, hinderte die Rückübertragung sämtlicher zum Zeitpunkt des Rechtsstreits zum Geschäft gehörender Vermögenswerte nicht. Dabei kam es nicht darauf an, ob die Geschäftserweiterung auf die Tüchtigkeit des Beklagten oder auf günstige Wirtschaftsbedingungen zurückzuführen waren. Der Beklagte habe das Geschäft zumindest durch "constructive fraud" erlangt und sei daher als constructive trustee anzusehen. Als trustee habe er sämtliche Gewinne herauszugeben. Er wurde daher auch zum Ersatz aller Geschäftserträge verpflichtet wie auch zur Herausgabe einiger mit Geschäftsmitteln erworbener Grundstücke und Automobile. In dem Umfang, in dem die Gewinne aus dem Geschäft auf das Eigenheim ("homestead") des Beklagten verwandt worden waren, erhielt der Kläger ein "equitable lien" an dem Grundstück.

In Brooks v Conston³⁾ waren die Klägerin und ihr Ehegatte Inhaber einer Kette von Modewarengeschäften gewesen. Als der Ehegatte unerwartet starb, nahm sich der Beklagte, ein enger Freund der Familie, der Witwe und ihrer minderjährigen Kinder an. Er besorgte für sie die notwendigen Familienangelegenheiten und beriet die in Geschäftsdingen völlig unerfahrene Frau, die als Testamentsvollstreckerin

1) Vgl. zu diesen Begriffen das Rest.Trusts (2d) § 2, Comm. b.

2) Vgl. Mile-O-Mo Fishing Club, Inc. v Noble (FN 2 S. 27).

3) 356 Pa. 69, 51 A.2d 684 (1947), rev'd 364 Pa. 256, 72 A.2d 75 (1950).

eingesetzt worden war. Der Beklagte riet der Witwe dringend zum Verkauf der Ladenkette und erbat sich ein Vorkaufsrecht.

In der Folgezeit wurde der Witwe ein Kaufangebot über 20,000 Dollar unterbreitet. Das Angebot war allerdings falsch übermittelt worden und hätte sich bei richtiger Übermittlung auf das Doppelte belaufen. Der Beklagte überbot das Angebot geringfügig und die Ladenkette wurde an ihn übertragen, ohne daß eine Bewertung des Geschäfts vorgenommen wurde. Nach Angaben des Gerichts war das Unternehmen so gewinnträchtig, daß der Beklagte die Kaufpreisen aus den Gewinnen weniger Monate begleichen konnte, so daß er im Grunde genommen keine Gegenleistung erbracht hatte.

Vier Jahre später klagte die Witwe auf Rückabwicklung, als ihr Schwiegersohn die Tatumstände aufdeckte. Das Unternehmen war in der Zwischenzeit durch die Geschäftstüchtigkeit des Beklagten erheblich gewachsen. Einige neue Läden waren eröffnet worden.

Das Gericht befand, daß zwischen Klägerin und Beklagtem eine "confidential relation" bestanden habe, die den Beklagten zu großer Sorgfalt und der besonderen Berücksichtigung der Interessen der Witwe und der Kinder verpflichtet habe. Als erfahrener Geschäftsmann hätte er vor einem Verkauf zu einer Bewertung des Geschäftsvermögens raten müssen. Er habe dagegen nur seinen eigenen Interessen gedient und durch sein Schweigen seine aus der Vertrauensstellung sich ergebenden Verpflichtungen verletzt. Dabei betonte das Gericht, daß auf Seiten des Beklagten nicht nur "constructive fraud", sondern "actual fraud" vorgelegen, er seine Aufklärungspflicht mithin vorsätzlich verletzt habe ("guilty of fraud and intentional deceit"). Es hob daher den Vertrag auf und verurteilte den Beklagten zur Herausgabe der Ladenkette in dem Umfang, den sie zur Zeit des Urteils besaß, sowie zur Herausgabe sämtlicher aus dem Geschäft gezogener Gewinne ("fruits of the use of the property").

3. Herausgabe von Gewinnen, die mit zum Gebrauch überlassenen Gegenständen erzielt worden sind.

Mit der Frage, ob neben dem Wertersatz für den rechtsgrundlos geleisteten Gebrauchsvorteil der Kläger auch die Herausgabe von Gewinnen verlangen kann, hatte sich der US-Supreme Court in einer älteren Entscheidung auseinandergesetzt¹⁾.

1) Pullman's Palace Car Co. v Central Transport Co.
171 U.S. 138, 18 S.Ct. 808, 43 L.Ed 108 (1898).

Die Central Transport Co. und die Pullman's Palace Car Co., zwei Gesellschaften, die Eisenbahnschlafwagen betrieben und an Eisenbahngesellschaften vermieteten, hatten 1870 einen Vertrag über eine Unternehmungspacht geschlossen, der die Central Co. zur Übertragung ihres gesamten Unternehmens an die Pullman Co. auf die Dauer von 99 Jahren verpflichtete. Nach fünfzehn Jahren Vertragsdauer kam es zwischen den beiden Parteien zu Differenzen. In einem daraus resultierenden Rechtsstreit wurde festgestellt, daß die Verpachtung des Unternehmens außerhalb der durch die "charter" der Gesellschaft gewährten Befugnisse lag ("ultra vires") und daher rechtswidrig und nichtig war. Die Central Co. klagte daraufhin auf Rückübertragung des Unternehmens und verlangte die Herausgabe der Gewinne, die die Pullman Co. durch den Betrieb des Unternehmens erworben hatte.

Der Supreme Court bejahte einen quasikontraktlichen Anspruch zugunsten der Klägerin. Sie konnte danach den Wert der Vermögensgegenstände des Unternehmens herausverlangen. Eine Herausgabe der durch den Betrieb des Unternehmens entstandenen Gewinne lehnte das Gericht ab. Ein Grund, der die Auferlegung eines trust rechtfertige, läge nicht vor:

"Nor can we accede to the view that the Pullman Co. is liable for the earnings of the property which it realized by means of putting such property to the very use which the lease provided. It had the right while both parties acquiesced to so use the property. There is no question of trustee in the case. The property was placed in its hands by lessor and in accordance with the agreement. It was not then impressed with any trust according to any definition of that term known to us. Although the title did not pass and was not intended to pass, the lessee did nothing with the property other than was justified by the lease. (...) The use of the property is lawful as between the parties, so long as the lease was not repudiated by either and the rent compensates for the use."

Erwähnt werden soll noch der Fall Ft. Wayne C & L.R.Co v Haberkorn¹⁾.

Ein Cheftechniker einer Eisenbahngesellschaft hatte mehrere technische Verbesserungen für den Eisenbahnbetrieb erfunden und sich patentieren lassen. Auf eine Anforderung der Eisenbahngesellschaft hin hatte er die von ihm erfundenen Vorrichtungen an deren Lokomotiven angebracht. Zu einer

1) 15 Ind.App. 479, 44 N.E. 322 (1896).

Vereinbarung über die Zahlung einer Lizenzgebühr kam es nicht. Nach einigen Jahren klagte der Erfinder auf Vergütung.

Das Gericht verurteilte die Beklagte zu einer Vergütung, die am objektiven Wert des Gebrauchs der patentierten Erfindung ausgerichtet war, eine vom Kläger geforderte Herausgabe der Gewinne der Beklagten lehnte es ab. Eine Gewinnhaftung wäre nur dann begründet gewesen, wenn die Beklagte das Patent des Klägers durch einen unerlaubten Eingriff verletzt hätte. Gestatte dagegen jemand einem anderen den Gebrauch eines Patens, werde gerade dadurch bezweckt, daß der andere den Gewinn aus dem Gebrauch zu eigenen Nutzen erhalte.

Obwohl nicht ganz ersichtlich ist, ob das Gericht einen konkludenten Vertrag oder einen "quasi-contract" als gegeben ansah, wird man dieser Entscheidung auch für den letzten Fall Bedeutung zumessen müssen, da sich die Gerichte nicht sonderlich um eine genaue Abgrenzung beider Fälle bemühen¹⁾.

Die Begründung beider Entscheidungen liegen auf der Linie der Erörterungen, mit denen in Carpenter v Grow²⁾ eine Gewinnhaftung des gutgläubigen Leistungsempfängers mittels "waiver of tort" abgelehnt worden ist. Besonders Gewicht wird jeweils der Tatsache zugemessen, daß der Leistungsempfänger nach Inhalt und Zweck des - unwirksamen - Vertrages zur gewinnbringenden Verwendung des Leistungsgegenstandes berechtigt sein sollte, sei es als Eigentümer wie in Carpenter v Grow, sei es als "lessee" wie in der Entscheidung des Supreme Court. In beiden Fällen war dem Leistenden bewußt, daß er mit dem Leistungsgegenstand die Chancen zur Gewinnerzielung aus der Hand gab, und der Leistungsempfänger konnte darauf vertrauen, zur eigennützigen Verwendung des Geleisteten berechtigt zu sein. In diesem Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit des Vertrages wird er geschützt. Tätigt er dieses auch vom Leistenden veranlaßte Vertrauen, kann er den erzielten Erwerb für sich behalten. Ein Grund, ihn mit Hilfe des

1) S. o. S. 52 ff.

2) S. o. S. 66 (FN 1 S. 66).

"waiver of tort" oder des "constructive trust" in einen fremdnützigen Geschäftsführer zu verwandeln besteht nur, wenn er unredlich handelt und deswegen keinen Vertrauensschutz genießt.

4. Auswertung der Entscheidungen und Zusammenfassung.

Ein erstes Ergebnis der Untersuchung ist schon in der Tatsache zu sehen, daß nur wenige Fälle der Leistungskon-
diktion gefunden werden konnten, in denen eine Gewinnhaf-
tung des Leistungsempfängers angeordnet wurde. Das wird
nicht nur daran liegen, daß Fälle, in denen beim Leistungs-
empfänger Gewinne entstehen, selten vorkommen, sondern
auch daran, daß der Kläger in erster Linie einen Ersatz
für seinen Verlust zu erhalten trachtet und danach seinen
Klageantrag abstimmt, so daß es häufig nicht zu einer Aus-
einandersetzung über die Frage einer Gewinnhaftung kommt.
Besonders deutlich wird das in Fällen, in denen der Kläger
auf Lebensversicherungssummen zugreift. Nicht eine Gewinn-
haftung, sondern eine Erweiterung der Zwangsvollstreckungs-
möglichkeiten ist dabei zumeist das Ziel¹⁾.

Analysiert man die berichteten Fälle, in denen eine
Gewinnhaftung angeordnet worden ist, erkennt man zwei Tat-
bestandsmerkmale, die ihnen gemeinsam sind:

Leistender und Leistungsempfänger waren in allen Fäl-
len, mit Ausnahme von Bierschwale v Oakes²⁾, durch eine
Rechtsbeziehung miteinander verbunden, die den Leistungs-
empfänger zur Wahrung der Vermögensinteressen des Lei-
stenden oder zumindest zur gesteigerten Rücksichtnahme
auf dessen Interessen verpflichtete. In Blazer v Black
bestand zwischen den Minderheitsaktionären der "close
corporation" und deren Vorstandsmitgliedern eine "fidu-
ciary relationship"³⁾.

1) Vgl. z.B. Exchange Bank v Poindexter 19 P.2d 705
(Kan.1933).

2) S. O. S. 79.

3) S. o. S. 75.

In den anderen Fällen ergab sich ein solches Treueverhältnis oder zumindest eine "confidential relation" aus gesellschaftsähnlichen Beziehungen der Parteien¹⁾, aus dem verwandtschaftlichen Verhältnis zwischen Sohn und greisem Vater²⁾ oder aus einem engen freundschaftlichen Verhältnis, das die hilfsbedürftige Partei zum Vertrauen in die Redlichkeit der anderen freiwillig Hilfe spendenden Partei berechnete³⁾.

Dem Leistungsempfänger wurde ein "conscious wrongdoing" oder "actual fraud" vorgeworfen, d.h. eine vorsätzliche Verletzung seiner Pflichten aus dem Treueverhältnis. In den meisten Fällen war eine arglistige Täuschung durch Vorgespiegelung einer falschen Tatsache gegeben⁴⁾, in Brooks v Conston⁵⁾ wurde dem Beklagten vorgeworfen, wissentlich eine korrekte Beratung unterlassen zu haben. Nur in McGaffee v McGaffee ließ das Gericht offen, ob "actual fraud" oder nur "constructive fraud", d.h. nicht vorsätzliches Handeln auf Seiten des Beklagten vorgelegen habe⁶⁾. Allerdings sprachen die Umstände des Falles für ein vorsätzliches Handeln des Beklagten.

Das Gericht berief sich an anderer Stelle auch auf den § 202 des Restatement of Restitution, der "conscious wrongdoing" voraussetzt⁷⁾. Man wird diese Entscheidung dahin zu verstehen haben, daß bei Vorliegen einer Vertrauensbeziehung auch (grob) fahrlässiges Fehlverhalten genügt⁸⁾. Dabei wird man dann auf ein subjektives

1) In Peine v Murphy (s. o. S. 80); McGaffee v McGaffee (s. o. S. 82); vgl. Rest. Trusts 2d, § 2, Comm. b.

2) In Newman v Newman (s. o. S. 81); McGaffee v McGaffee, a. a. O.

3) In Brooks v Conston (s. o. S. 83).

4) So in Blazer v Black (s. o. S. 75); Peine v Murphy a. a. O.; Newman v Newman, Bierschwale v Oakes (s. o. S. 79 u. 81).

5) A. A. O.; ebenso in Janigan v Taylor (s. o. S. 76).

6) 56 N.W.2d 51 (5).

7) 58 N.W.2d 360 (3).

8) Vgl. Re Arbuckle's Estate 98 Cal.App.2d 562, 220 P.2d 950, 23 A.L.R.2d 372, 378 (1950): "Constructive fraud usually arises from a breach of duty where a relation of trust and confidence exists."

Fehlverhalten des Beklagten schließen können, wenn die Umstände des Falles einen solchen Schluß zulassen und dem Beklagten der Beweis für seine Redlichkeit nicht gelingt.

Als Ergebnis läßt sich somit vorerst festhalten, daß in Fällen der Leistungskondition eine Gewinnhaftung mittels "constructive trust" und "accounting for profits" dann angeordnet worden ist, wenn der Leistungsempfänger den Leistenden durch ein Verhalten zur Leistung bestimmt hat, das eine schuldhaft, in den meisten Fällen sogar vorsätzliche Verletzung der ihm aus einem Treueverhältnis zum Leistenden obliegenden Pflicht darstellt.

Es fragt sich nun, ob auch ohne Vorliegen eines besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen den Parteien ein vorsätzliches Fehlverhalten des Leistungsempfängers, konkret: ein Erwerb durch arglistige Täuschung oder vorsätzliche rechtswidrige Drohung, zur Gewinnhaftung führt. Bedenkt man, daß in Janigan v Taylor, Bierschwale v Oakes und Peine v Murphy die Entscheidungen allein auf arglistige Täuschung gestützt wurden, wird man diese Frage bejahen müssen. Aus den Fällen zur Gewinnhaftung bei Gebrauchsüberlassungen ergibt sich andererseits, daß allein das Fehlen eines Rechtsgrundes für die Leistung, ohne daß dieses Fehlen auf ein unredliches Verhalten des Leistungsempfängers zurückzuführen ist, nicht zu einer Gewinnhaftung des Leistungsempfängers führt. Die Entscheidung Carpenter v Grow¹⁾ zum "waiver of tort" findet sich somit bestätigt:

Allein der unredliche Leistungsempfänger kann nicht nur zur Herausgabe des geleisteten Vermögenswertes, sondern auch zur Herausgabe eines mittels des Geleisteten erworbenen Gewinns verpflichtet werden. Ihn gilt es, von unredlichem Verhalten abzuschrecken.

1) S. o. S. 66.

Die Haftung des redlichen Schuldners ist dagegen durch den Wert des Leistungsgegenstandes begrenzt. Sein Vertrauen in die Berechtigung zur eigenennützigen Verwendung des Geleisteten wird geschützt.

Unredlichkeit setzt im allgemeinen ein vorsätzliches Fehlverhalten des Leistungsempfängers voraus. Besteht ein Treueverhältnis zwischen den Personen kann auch eine (grob) fahrlässige Verletzung sich hieraus ergebender Pflichten ausreichen.

III. Die Regelung des Restatement of Restitution und die Stellungnahmen in der Literatur.

1. "Conscious Wrongdoing" als Voraussetzung der Gewinnhaftung.

Die in der Rechtsprechung erkennbar gewordene unterschiedliche Behandlung von gut- und bösgläubigen Bereicherungsschuldern kennzeichnet auch die Regelung des Restatement of Restitution¹⁾.

Nur für den "conscious wrongdoer" ist eine Haftung auf den Gewinn vorgesehen. Ein "conscious wrongdoing" liegt in Fällen der Leistungskondition vor, wenn der Leistungsempfänger den Leistenden durch "fraud, duress, undue influence" zur Leistung veranlaßt hat²⁾, oder Gewinne erzielt, nachdem er Kenntnis vom Fehlen des Rechtsgrundes erlangt hat³⁾. In Fällen der Eingriffskondition setzt es einen vorsätzlichen Eingriff voraus⁴⁾.

Der redliche Schuldner ist dagegen nur zur Herausgabe des Geleisteten oder zur Wertvergütung verpflichtet. Zusätzlich hat er Sachfrüchte sowie den Wert eines erlangten Gebrauchsvorteils zu vergüten⁵⁾.

1) Rest. Restitution §§ 202; 151, Comm. f.; 157, Comm. a.
2) Rest. Restitution §§ 151, Comm. f.; 202, Comm. a.
3) Rest. Restitution § 155, Comm. a.
4) Rest. Restitution § 151, Comm. a; 154, Comm. a.
5) Rest, Restitution § 157.

Auch im Schrifttum wird eine Gewinnhaftung nur zu Lasten des "conscious wrongdoer" bejaht¹⁾.

2. Die abweichende Auffassung KELLMANN'S.

Demgegenüber vertritt KELLMANN²⁾ die Ansicht, daß die Regelung des Restatement of Restitution den Standpunkt der Rechtsprechung nicht richtig wiedergebe, sondern daß grundsätzlich fehlendes Verschulden des Restitutions-schuldners eine Gewinnhaftung nicht ausschließe³⁾. Eine Gewinnhaftung nur bei schuldhaftem Handeln des Herausgabepflichtigen würde dem Geist des aus dem "trust" entwickelten Gewinnhaftungsrechts widersprechen, das nach dem Standpunkt der Rechtsprechung keinen poenalen Charakter trage und daher das Verschulden unberücksichtigt lasse. Außerdem bestünde eine ganz eindeutige Übereinstimmung in der Rechtsprechung:

"(that) there is no reason to draw any distinction between unjust enrichment through the proceeds of a sale of goods and the goods themselves" 4).

Nach KELLMANN führt daher im anglo-amerikanischen Recht jede - auch schuldlose - rechtswidrige Ausnutzung eines fremden, gegenständlich identifizierbaren, vermögenswerten Rechtsobjekts zur Gewinnhaftung⁵⁾. Die Haltung des Restatement erklärt sich für ihn aus dem unrichtigen, allein poenalen Verständnis der Gewinnhaftung, das von der Rechtsprechung nicht geteilt werde⁶⁾. KELLMANN vermag allerdings keine Entscheidung anzuführen, in denen ein

1) AMES, 19 Harv.L.Rev. 511 (1905-06); 5 SCOTT, §§ 508, 509; DOBBS, S. 239, 242, 273, 418; MONAGHAN, 38 Detroit L.J. 10, 23 (1960); DOUTHWAITE, 19 Hast.L.J. 1076, 1079 (1968); TELLER, 2 N.Y. Law Forum 60 (1956).

2) KELLMANN, Grundsätze der Gewinnhaftung, S. 67 ff.

3) KELLMANN befaßt sich vornehmlich mit der Eingriffskon-diktion, vgl. a. a. O., S. 21. Eine Beschränkung seiner Auffassung auf diese Fallgruppe ist aber nicht erkenn-bar, vgl. S. 35 ff., 97 ff., 132 ff.

4) A. a. O., S. 68.

5) A. a. O., S. 69.

6) A. a. O., S. 68.

schuldlos Handelnder zur Gewinnherausgabe verpflichtet wird. Die von ihm zitierten Entscheidungen sind nicht einschlägig¹⁾.

Auch die von ihm angeführten Argumente können nicht überzeugen. Wenn die Rechtssprechung dem Gewinnhaftungsrecht poenalen Charakter abspricht, so bedeuten entsprechende Ausführungen nur, daß die Rechtssprechung sich gegen "penalties" im Sinne von "punitive damages"²⁾ im Fall der Restitution ausgesprochen hat und daß eine genaue Identifikation herauszugebender Surrogate verlangt wird ("tracing"), die auch nicht zu Lasten des schuldhaft handelnden Eingreifers aufgegeben werden darf³⁾. Damit wird aber nicht ausgeschlossen, daß das Verschulden des Restitutionsschuldners sowohl nach Auffassung der Literatur als auch der Rechtssprechung bei der Bemessung des Umfangs der Herausgabepflicht und damit bei der Abwägung der Interessen der Beteiligten berücksichtigt wird. Dementsprechend betont WADE⁴⁾:

"The measure of the benefit is a variable, depending on numerous factors, such as nature of the defendants conduct, ranging from innocent mistake to intentional wrongdoing."

Wenn in der Literatur nicht zwischen einer "unjust enrichment through the proceeds of a sale of goods and through the goods themselves" unterschieden wird⁵⁾, so wird hiermit nur gefordert, den "waiver of tort" nicht

-
- 1) Die zitierten Entscheidungen (a. a. O., S. 68, FN 227) Buckley v Second Nat. Bank of N.J. City 35 N.J.L. 400, 10 Am. Rep. 249 (1872) und Johnson v First Nat. Bank 6 Hun. (N.Y.) 124 (1875) befassen sich nicht mit Gewinnhaftung: der Kläger verlangte jeweils vom Beklagten die Herausgabe einer Geldsumme, die dieser durch die Einlösung eines dem Kläger abhanden gekommenen Schecks verlangt hatte. Dagegen beschränkt die a. a. O., S. 47 zitierte englische Entscheidung Edelsten v Edelsten (1863) 46 E.R. 72 die Gewinnhaftung im Fall einer Warenzeichenverletzung ausdrücklich auf den vorsätzlichen Eingriff.
 - 2) Zum Begriff der "punitive damages" vgl. PROSSER, S. 9 ff.
 - 3) Vgl. Myzel v Fields (FN 2 S. 47); Marcus v Otis 169 F.2d 148 (C.C.C.A. 2nd Cir. 1948).
 - 4) WADE, S. 44; ebenso DOBBS, S. 260.
 - 5) PROSSER, S. 629.

nur nach Verkauf des Erlangten, sondern auch dann zuzulassen, wenn der Restitutionsschuldner den erlangten Gegenstand noch in Händen hält¹⁾. Über den Umfang der Herausgabepflicht wird dabei keine Aussage getroffen.

IV. Übersicht: Die Fallgruppen der Gewinnhaftung.

Um zu einer zutreffenden Beurteilung gelangen zu können, wird man innerhalb des Anwendungsbereichs der Gewinnhaftung nach Fallgruppen differenzieren müssen. Dabei lassen sich drei Fallgruppen bilden:

- Verletzung eines Treueverhältnisses
- "Conscious Wrongdoing"
- Verletzung von Immaterialgüterrechten

1. Verletzung eines Treueverhältnisses.

Besteht zwischen den Parteien eine besondere rechtliche Beziehung, insbesondere ein "trust" oder eine "fiduciary relationship", mag eine Gewinnhaftung ein Verschulden des Beklagten nicht voraussetzen, ohne daß sich Gleiches für andere Fälle ergeben muß. Die Besonderheit, die diese Fälle auszeichnet, ergibt sich daraus, daß die Beklagten nicht nur der für jedermann geltenden Pflicht unterliegen, einen Eingriff in ein fremdes Rechtsgut zu unterlassen, sondern daß sie darüber hinaus verpflichtet sind, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen oder fremde Vermögensgüter uneigennützig zu verwalten. Sämtliche Gewinne, die die Verpflichteten kraft ihrer zum Nutzen des Berechtigten gebundenen Rechtsstellung erzielen, haben sie daher an den Berechtigten herauszugeben, ohne daß es auf die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Ausnutzung des anvertrauten Vermögensobjektes oder ein subjektives Fehlverhalten der Beklagten ankommen kann²⁾.

1) Näheres vgl. oben S. 69.

2) Vgl. 3 SCOTT, §§ 203, 205.

Die Pflicht zur Gewinnherausgabe liegt in diesen Fällen in einer speziellen Rechtsbeziehung der Parteien begründet, das die eine Partei zur Uneigennützigkeit verpflichtet.

Rechtsverhältnisse dieser Art und eine Gewinnhaftung in diesen Fällen kennt auch das deutsche Recht. So hat nach § 667 BGB der Beauftragte¹⁾ alles, "was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt" herauszugeben. Diese Pflicht trifft ihn sowohl bei ordnungsgemäßer als auch bei pflichtwidriger Geschäftsführung²⁾. Nach ständiger Rechtsprechung unterliegen der Herausgabepflicht auch geheime Provisionen und Bestechungssummen³⁾.

Diese Herausgabepflicht besteht gemäß § 675 BGB unter anderem auch für Treuhänder⁴⁾, Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder einer Kapitalgesellschaft⁵⁾, Liquidatoren einer Handelsgesellschaft⁶⁾, Haus- oder Gutsverwalter⁷⁾; ferner für Vereinsvorstände⁸⁾ und -liquidatoren⁹⁾,

1) Der Kommissionär entsprechend nach § 384 HGB.

2) STAUDINGER/NIPPERDEY, § 667 Rdnr. 12.

3) RG vom 27. 4. 1920 (III) = RGZ 99, 31; RG vom 16. 3. 1937 (III) = RGZ 154, 309 (313); RG vom 30. 5. 1940 (V) = RGZ 164, 98 (102); BGH vom 29. 10. 1962 (II) = BGHZ 38, 171; im amerikanischen Recht vgl. zur Herausgabe sog. "secret profits": Falk v Hoffmann (FN 3 S. 29); Harper v Adametz 142 Conn. 218, 113 A.2d 136, 55 A.L.R.2d 334 (1955); Ward v Taggart 51 Cal.2d 736, 336 P.2d 534 (1959); zur Herausgabe von Bestechungssummen vgl. Canadian Ingersoll-Rand Co. v D. Loveman & Sons, Inc. 227 F.Supp. 829 (Ohio 1964); Sprattin, Harrington & Thomas v Hawn 116 Ga.App. 175, 156 S.E.2d 402 (1967).

4) SOERGEL/MÜHL, vor § 662 Rdnr. 6; bei unentgeltlicher Treuhand findet § 667 BGB unmittelbar Anwendung.

5) Großkommentar, AktG, § 84 Anm. 15 m. w. N.

6) BAUMBACH/DUDEN, § 151 Anm. 1.

7) RG vom 11. 6. 1907 (III) = Seuff.A. 63 Nr. 9, S. 13; KG vom 23. 12. 1946 = HuW 1947, 203; BGH vom 5. 7. 1965 (VII) = WM 1965, 1181.

8) § 27 Abs. 3 BGB.

9) § 48 BGB.

Stiftungsverwalter¹⁾, Gesellschafter einer BGB- oder Handelsgesellschaft²⁾, Pfleger, Vormünder³⁾ und Testamentsvollstrecker⁴⁾.

Der Unterschied zum amerikanischen Recht besteht darin, daß Ansprüche des Begünstigten eines constructive trust dinglich gesichert sind und er somit im Konkurs des trustee ein Aussonderungsrecht genießt⁵⁾. Hinsichtlich des Testamentsvollstreckers fehlt auch dieser Unterschied⁶⁾. Zum Teil wird auch eine dingliche Sicherung des Treugebers befürwortet⁷⁾.

Die im wesentlichen gleiche Rechtslage in diesem Bereich in beiden Rechtsordnungen zeigt deutlich, daß die Pflicht zur Gewinnherausgabe ihre Begründung in dem Treueverhältnis findet, d.h. in der Pflicht des "fiduciary", fremde Vermögensgegenstände fremdnützig zu verwalten und eine eigennützige Verwaltung zu unterlassen⁸⁾.

2. "Conscious Wrongdoing".

Die Eigenart der Fälle der Leistungs- und Eingriffskondition besteht nun gerade darin, daß ein bestimmtes Rechtsverhältnis der Parteien, aus dem sich Gründe für eine Gewinnhaftung herleiten lassen, nicht existiert. Das Restatement⁹⁾ und mit ihm die Literatur zum Restitutionsrecht¹⁰⁾ gehen von der Vermögensverschiebung als

1) § 86 BGB.

2) § 713 BGB.

3) Vgl. STAUDINGER/NIPPERDEY, § 667 Rdnr. 23.

4) § 2218 Abs. 1 BGB.

5) Vgl. KÖTZ §§ 44 ff, 74.

6) § 2041 BGB analog; vgl. RG vom 3. 11. 1932 (IV)
= RGZ 138, 132.

7) KÖTZ, S. 138; PALANDT/HOCHE (26. Aufl.), vor § 929
Anm. 7 E.

8) Vgl. SOERGEL/MÜHL, § 667 Rdnr. 1 und KEETON, Trust,
S. 307.

9) Rest. Restitution § 1, Comm. d.

10) WOODWARD, § 274; KEENER, S. 163; GOFF/JONES, S. 14 ff.

Grundform des Vorgangs aus, der einen Restitutionsanspruch rechtfertigt. Der Restitutionsschuldner hat demnach das zurückzuerstatten, was er aus dem Vermögen des Restitutionsgläubigers erhalten hat. Dazu gehören die geleisteten Vermögenswerte zuzüglich der quasi mitgeleisteten Gebrauchsvorteile und Früchte¹⁾. Gewinne dagegen, die der Restitutionsschuldner durch Verwendung des Geleisteten selbst "by his own skill and labour"²⁾ erwirtschaftet hat, stellen sich aus der Sicht des Gläubigers als ein "windfall" dar³⁾, für den Schuldner dagegen sind es Früchte seines Arbeitseinsatzes, so daß eine Herausgabe an den Gläubiger an sich nicht gerechtfertigt ist, es sei denn, der Schuldner hat in Kenntnis der Fehlerhaftigkeit seines Erwerbs die Gewinne erhalten. Würde er in diesem Fall die Gewinne behalten dürfen, wäre ein Anreiz geschaffen, mit fremdem Vermögen gegen den Willen der Rechtsinhaber zu wirtschaften:

"If, however, the wrongdoer were permitted to keep the profit, there would be an incentive to wrongdoing which is removed if he is compelled to surrender the profit. The rule which compels the wrongdoer to bear any losses and to surrender any profits operates as deterrent upon the wrongful disposition of the property of others." 4)

Wie dargelegt worden ist, wird die Regelung des Restatements in den Fällen der Leistungskondiktion durch die Rechtsprechung bestätigt.

Das Gleiche gilt aber auch für die Fälle der Eingriffskondiktion, soweit nicht Immaterialgüterrechte davon

-
- 1) Rest. Restitution § 157, Comm. b: "direct product" = "which is derived from the ownership without the intervention of a transaction by the possessor."
 - 2) Fletcher v McArthur 117 F. 393 (C.C.A. 6th Cir. 1903).
 - 3) So die Formulierung in Janigan v Taylor (FN 3 S. 76); bei DOBBS, S. 629 und MONAGHAN a. a. O. (FN 1 S. 91), S. 17.
 - 4) Rest. Restitution § 202, Comm. c; ebenso Peine v Murphy (FN 1 S. 80); 5 SCOTT, § 508; MONAGHAN a. a. O. (FN 1 S. 91), S. 23.

betroffen sind. Eine Gewinnhaftung wird bei Diebstahl und Unterschlagung¹⁾ und anderen vorsätzlichen Eingriffen in fremde Vermögenswerte²⁾ angeordnet. Hat dagegen der Eingreifer schuldlos gehandelt, ist er nicht zur Herausgabe von Gewinnen verpflichtet³⁾.

3. Verletzung von Immaterialgüterrechten.

Erheblich umfangreicher ist dagegen der Anwendungsbereich für die Gewinnhaftung im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht. Es handelt sich dabei um eine Eigenheit dieses Rechtsgebiets⁴⁾, denn die besonderen Schwierigkeiten, die in diesem Rechtsgebiet dem Verletzten bei der Feststellung seines Schadens erwachsen, lassen die Gewinnhaftung zu einem notwendigen Instrument für die Sanktionierung von rechtswidrigen Eingriffen werden. Die Gewinnhaftung ist daher in diesem Bereich als weitere "means of compensation" zugelassen. Daraus folgt aber - entgegen KELLMANN⁵⁾ - nicht, daß jede Verletzung eines

-
- 1) Fur Wool & Trading Co. v Fox (FN 1 S. 34); Frier v J.W. Sales Co. (FN 3 S. 33); Flannery v Flannery Bolt Co. 108 F.2d 531 (C.C.A. 3rd Cir. 1940); vgl. 5 SCOTT, § 508 m. w. N.
 - 2) Edwards v Lee's Adm'r (FN 3 S. 71); How J. Ryan & Associates, Inc. v Century Brewing Ass'n 55 P.2d 1053 (Wash. 1936); Paar v City of Prescott 59 Ariz. 497, 130 P.2d 40 (1942); Olwell v Nye & Nissen Co. (FN 1 S. 71); auch bei Eingriffen in Vertragsbeziehungen Dritter durch Verleitung zum Vertragsbruch: Fed. Sugar Ref. Co. v US Sugar Equalization Board 268 F. 575 (D.C.N.Y. 1920); Schechter v Friedmann 141 N.J.Eq. 318, 57 A.2d 251 (1948); Automatic Laundry Service v Demas 216 Md. 544, 141 A.2d 497 (1958).
 - 3) Dixon v Caldwell 15 Ohio St. 412 (1864); Fletcher v McArthur (FN 2 S. 96); das Restatement gibt ausdrücklich keine Stellungnahme darüber ab, wie sich die Haftung bei einem fahrlässigen Eingriff gestaltet: Rest. of Restitution, "Caveat" zu § 202; die Rechtsprechung hat sich noch nicht geäußert.
 - 4) Auch das englische Recht, das im allgemeinen eine "fiduciary relationship" als Voraussetzung für einen constructive trust fordert, kennt in diesem Bereich eine Gewinnhaftung ohne diese Voraussetzung: § 17 Copyright Act 1956, § 60 Patent Acts 1949 - 61; eine Gewinnhaftung in diesem Bereich findet sich auch im schweizerischen und im französischen Recht, vgl. STOLL, a. a. O. (FN 1 S. 44), S. 121.
 - 5) A. a. O. (FN 2 S. 91).

Immaterialgüterrechts auch bei Schuldlosigkeit des Eingreifers einheitlich zur Herausgabe erzielter Gewinne verpflichtet. Die Rechtslage gestaltet sich vielmehr je nach verletztem Rechtsgut unterschiedlich. Für das Patentrecht ist es sogar umstritten, ob die Gewinnhaftung überhaupt eine zulässige Sanktion darstellt. Eine entsprechende Vorschrift ist 1946 aus dem Bundespatentgesetz getilgt worden, um angesichts der Schwierigkeiten der Gewinnberechnung eine Gewinnhaftung auszuschließen¹⁾. Es ist fraglich, inwieweit das einzelstaatliche Common Law ergänzend herangezogen werden kann. Die Rechtsprechung zu dieser Frage ist nicht einheitlich²⁾. Bei Urheberrechts- und Warenzeichenrechtsverletzung ist die Gewinnhaftung dagegen gesetzlich geregelt³⁾. Dabei soll es bei Urheberrechtsverletzungen nicht auf ein Verschulden des Eingreifers ankommen⁴⁾, während bei Warenzeichenrechtsverletzungen und Wettbewerbsverstößen die Gewinnhaftung ein Verschulden, zumeist sogar Vorsatz des Eingreifers voraussetzt⁵⁾. Verletzungen von Persönlichkeitsrechten wiederum sind bisher noch nicht mit einer Gewinnhaftung sanktioniert worden⁶⁾.

-
- 1) DOBBS, S. 254, 442; DOUTHWAITE, a. a. O. (FN 1 S. 91), S. 1080; ROSENBERG, S. 293; STOLL, a. a. O. (FN 1 S. 44), S. 121.
 - 2) Nachweise bei DOBBS, S. 441 ff.; Note, 72 Harv.L.Rev. 328, 345 (1958 - 59).
 - 3) 17 USC § 101(b); 15 USC § 1114; ebenso bei Verletzung von Gebrauchsmustern ("design patents") 35 USC § 289.
 - 4) Peter Pan Fabrics, Inc. v Puritan Dress Co. 207 F.Supp. 563 (N.Y. 1962); Shapiro, Bernstein & Co. v H. L. Green Co. 316 F.2d 304 (C.C.A. 2nd Cir. 1963); kritisch dazu SINCLAIR, 58 Cal.L.Rev. 941 (1970); anders bei Verletzung eines "common law copyright": Navarra v M. Witmark & Sons 185 N.Y.S.2d 563 (1959).
 - 5) 4 CALLMANN, §§ 59.3, 89.1b (1) (3), 89.2 (a); DOBBS, S. 482 f.; DOUTHWAITE, a. a. O. (FN 1 S. 91), S. 1083; ebenso im englischen Recht, vgl. WHITE/JACOB, S. 344; 38 HALSBURY'S § 1059; GOFF/JONES, S. 481; Edelsten v Edelsten (FN 1 S. 92).
 - 6) Hart v E. P. Dutton & Co. 197 Misc. 274, 93 N.Y.S. 2d 871 (1949). Eine eingehende Darstellung der Restitutionsansprüche bei Verletzung immaterieller Güterrechte würde den Rahmen der Darstellung sprengen; vgl. dazu KÖNIG, Festschrift für von Caemmerer, S. 179 ff. sowie SCHLECHTRIEM, Festschrift für Hefermehl, S. 445 ff.

V. Der Umfang der Gewinnhaftung.

1. Anrechnung von Kosten.

Der Leistungsempfänger wird den geleisteten Gegenstand häufig nur unter Einsatz eigener Aufwendungen gewinnbringend verwenden können. Die Gewinnerzielung wird ihm Kosten verursachen, so daß ihm ein Gewinn nur in Höhe des Überschusses über seine Kosten entstehen wird. Die Verpflichtung zur Gewinnherausgabe erstreckt sich daher nur auf den ihm verbleibenden Überschuß. Die entstandenen Kosten sind ihm in Rechnung zu stellen.

So konnte der Beklagte in Brooks v Conston und McGaffee v McGaffee¹⁾ die im Geschäftsbetrieb entstandenen gewöhnlichen Kosten, z.B. Versicherungen, Steuern und Reparaturkosten, vom herauszugebenden Gewinn absetzen. Er konnte darüber hinaus Geld, das er in das Unternehmen investiert hatte, wie ein Darlehensgläubiger herausverlangen und für überlassene Räume einen angemessenen Mietzins fordern. Für seine Tätigkeit und die Mitarbeit seiner Ehefrau wurde ihm eine Vergütung zugesprochen. Das Gericht verneinte, daß dem Kläger auf diese Weise ein indirekter Gewinn aus seinem unredlichen Verhalten zufließe. Das Unrecht des Beklagten liege in dem unredlichen Erwerb, nicht dagegen in der Fortführung des Unternehmens. Da die Fortführung den Wert des Unternehmens erheblich gesteigert habe, habe er objektiv den Interessen des Klägers gedient und könne für diese dem Kläger zugutekommende Tätigkeit eine Vergütung verlangen.

2. "Tracing".

Da im wesentlichen der constructive trust die Grundlage der Gewinnhaftung bildet, ergeben sich Schranken der Gewinnhaftung aus dem trust-Recht. Ein trust setzt einen bestimmten Gegenstand ("trust res") voraus, der der

1) Brooks v Conston (FN 3 S. 83); McGaffee v McGaffee (FN 5 S. 82).

besonderen Bindung zugunsten des "beneficiary" unterliegt¹⁾. Fehlt ein solcher Gegenstand oder ist die "trust res" untergegangen, verliert der trust seine Existenz. Der Kläger kann daher die durch Verwendung des Erlangten und "upon constructive trust" gehaltenen Surrogate nur dann herausverlangen, wenn er sie noch im Vermögen des Beklagten identifizieren kann²⁾. Ist ihm das nicht möglich, bleibt ihm nur ein persönlicher Anspruch gegen den Beklagten, der auf den Wert des Erlangten beschränkt ist.

Hat der Beklagte Geldsummen, die dem Kläger zustehen, mit eigenem Geld vermischt, kann der Kläger ein anteilmäßige Befriedigung und damit ein Konkursvorrecht in dieser Höhe verlangen³⁾.

Eine Besonderheit ergibt sich, wenn der Beklagte das Erlangte zugunsten eigener Vermögenswerte verwandt hat ("improvements"). Der Kläger kann in diesem Fall nur ein ("equitable lien") in Höhe des Wertes des Geleisteten geltend machen, nicht aber eine möglicherweise höhere Wertsteigerung des Gegenstandes vergütet verlangen⁴⁾.

3. "Apportionment".

Hat der zur Gewinnherausgabe verpflichtete Beklagte das Erlangte mit eigenem Vermögen vermischt und mit diesem "mingled fund" Gewinne erwirtschaftet, kann er einen Anteil am Gewinn zurückbehalten. Denn er kann grundsätzlich den Teil des Gewinns, der auf den Einsatz seiner eigenen Vermögenswerte zurückzuführen ist, für sich beanspruchen⁵⁾. Die Notwendigkeit, eine Verteilung des Gewinns auf die einzelnen Beitragswerte des Klägers und

1) BOGERT, § 25.

2) Rest. Restitution § 215; 5 SCOTT, § 521.1; Re Bangor Trust Co. (FN 7 S. 31).

3) Rest. Restitution §§ 209 ff.; 5 SCOTT, § 515.

4) Rest. Restitution § 206; 5 SCOTT, § 512.

5) Rest. Restitution § 210; 5 SCOTT, § 516.

des Beklagten vorzunehmen ("apportionment of profits"), wird sich vor allem bei der Gewinnhaftung wegen Immaterialgüterrechtsverletzungen häufig zu einem unlösbaren Problem entwickeln. Zusammen mit den Schwierigkeiten, die bei der Berechnung der vom Beklagten aufgewandten Kosten entstehen, vergrößert es das Prozeßrisiko und führt zu einer erheblichen Verlängerung der Prozeßdauer. Die Gewinnhaftung erweist sich daher in vielen Fällen nur als eine stumpfe Waffe in den Händen des Klägers¹⁾. Welche Schwierigkeiten die Gewinnhaftung in der Praxis aufweist, zeigt am eindrucksvollsten die Streichung der Gewinnhaftung aus dem Bundespatentgesetz, die unter dem Eindruck der aufgetretenen Probleme erfolgte²⁾. Teilweise helfen die Gerichte allerdings dem Problem ab, indem sie Beweisschwierigkeiten zu Lasten des Eingreifers wirken lassen, was sogar dazu führen kann, daß dem Kläger der gesamte Gewinn zugesprochen wird³⁾.

4. "profits on the profits".

Wenn der Beklagte hinsichtlich der erzielten Gewinne als constructive trustee angesehen wird, fragt es sich, ob mit dieser Formel nur ausgedrückt werden soll, daß er die Gewinne zugunsten des "beneficiary" gezogen und damit an diesen herauszugeben hat oder ob der Beklagte als trustee darüber hinaus auch zur treuhänderischen Verwaltung des Gewinns verpflichtet ist, so daß er zusätzlich auch die Früchte von erneuten Investitionen der Gewinne herauszugeben hat.

In zwei in New York ergangenen Entscheidungen⁴⁾ wurde eine Herausgabe solcher sog. "profits on the profits"

1) Vgl. DOBBS, S. 254, 276, 274; MICHAELIS, S. 288 f.

2) Vgl. DOBBS, S. 254, 442; DOUTHWAITE, a. a. O. (FN 1 S. 91), S. 1080.

3) Hamilton - Brown Shoe Co. v Wolf Bros. & Co. (FN 4 S. 33).

4) Equity Corporation v Groves (FN 3 S. 33); die Entscheidung erging mit 4:2 Stimmen und wurde heftig kritisiert in: 58 Harv.L.Rev. 880 (1944-45); 55 Yale L.J. 593 (1945-46); 31 Va.L.Rev. 961 (1944-45); ebenso 5 SCOTT, § 508.1; sie wurde aber in Marcus v Otis (FN 3 S. 92) bestätigt.

abgelehnt. In beiden Fällen hatten Direktoren der klagenden Gesellschaften unter Verletzung ihrer Treuepflicht Gewinne mit Mitteln der Gesellschaften erzielt und weiterinvestiert. Der Erwerb aus diesen Folgeinvestitionen wurde ihnen belassen.

Zusammenfassung.

Das amerikanische Restitutionsrecht wird durch eine erhebliche Zersplitterung gekennzeichnet, die ihren historischen Ursprung in dem Aktionensystem des Common Law findet. Von einem geschlossenen Rechtsgebiet kann daher nur unter Einschränkung gesprochen werden. Mit dem 1937 erschienenen Restatement of Restitution ist aber der Boden für eine systematische Erfassung der geltenden Rechtsgrundlagen bereitet worden.

Die historische Entwicklung des Restitutionsrechts nahm ihren Anfang mit der Ausformung der Klage "indebitatus assumpsit" des Common Law. Die in dem Bereich dieser Klageform entwickelten Rechtsregeln formen den einen wesentlichen Zweig des Restitutionsrechts, das "Law of Quasi-Contract". Den anderen Zweig bilden verschiedene Rechtsinstitute des equity-Rechts. Von Bedeutung ist vor allem die Rechtsfigur des constructive trust.

Zum Gegenstand des Anspruchs auf Restitution ist für die Fälle, in denen fehlgeschlagene Leistungsverhältnisse abzuwickeln sind, folgendes festzustellen:

Ist eine Sache, ein Recht oder ein anderer gegenständlicher Vermögenswert geleistet worden, kann der Leistende den Marktwert des Geleisteten ersetzt verlangen. Eine gegenständliche Herausgabe des Leistungsgegenstandes kann er dagegen nur unter einschränkenden Voraussetzungen verlangen, wenn eine Geldleistung den wirtschaftlichen Interessen des Gläubigers nicht gerecht werden würde. Ein entsprechender Fall liegt vor, wenn Grundstücke oder andere unvertretbare Sachen, sog. "unique chattels",

geleistet worden sind, deren Wiederbeschaffung nicht oder nur schwer möglich ist.

Die vermögensmäßige Bereicherung ("enrichment") des Leistungsempfängers spielt für den Haftungsumfang insoweit eine Rolle, als die Wertersatzverpflichtung des Schuldners sich vermindert, wenn infolge einer "change of position" die durch die Leistung bewirkte Vermögensvermehrung sich verringert¹⁾.

Im Fall einer Dienstleistung oder einer anderen nicht-gegenständlichen Leistung kann der Leistende grundsätzlich den Marktwert der Leistung herausverlangen. Ob durch die Leistung das Vermögen des Schuldners vermehrt worden ist, ist dabei immer dann unerheblich, wenn der Leistungsempfänger die Leistung angefordert hatte, vor allem also, wenn die Leistung auf Grund eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages erbracht worden ist.

Hat der Leistungsempfänger Wertersatz zu leisten, wird er zusätzlich zur Verzinsung des zu zahlenden Betrages verpflichtet. Im allgemeinen entsteht diese Verpflichtung zusammen mit dem Wertersatzanspruch.

Ist er zur Herausgabe in specie verpflichtet, hat er auch gezogene Früchte herauszugeben. Ferner schuldet er Wertersatz für den Gebrauch des Gegenstandes.

"Waiver of tort" und "constructive trust" geben dem Leistenden außerdem die Möglichkeit, die Gewinne herauszuverlangen, die der Leistungsempfänger unter Verwendung des Geleisteten erwirtschaftet hat. Eine Verpflichtung zur Herausgabe von Gewinnen besteht aber nur, wenn die Rückabwicklung auf ein unredliches Verhalten des Leistungsempfängers zurückzuführen ist. Im allgemeinen muß ein vorsätzliches Fehlverhalten, z.B. arglistige Täuschung ("actual fraud") oder rechtswidrige Drohung

1) Das Problem des Wegfalls der Bereicherung wird im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht behandelt. Insoweit wird auf die Arbeit von FLESSNER (a. a. O., FN 1 S. 51) verwiesen.

("duress") vorgelegen haben. Nur wenn zwischen den Parteien Beziehungen bestanden, die ein besonderes gegenseitiges Vertrauen rechtfertigten, werden zum Teil geringere Anforderungen gestellt.

Ist der Leistungsempfänger zur Gewinnherausgabe verpflichtet, kann er die von ihm aufgewandten Kosten vom herauszugebenden Gewinn absetzen. Auch ein Entgelt für die von ihm geleistete Arbeit ist ihm zugebilligt worden.

Hat er eigene Vermögenswerte zur Erzielung des Gewinns eingesetzt, erfolgt eine Aufteilung des Gewinns nach dem Verhältnis der Beitragswerte.

Sog. "profits on the profits", d.h. Gewinne, die aus der Reinvestition herauszugebender Gewinne stammen, verbleiben dem Leistungsempfänger.

Der Restitutionsanspruch des amerikanischen Rechts ist somit grundsätzlich ein Wertersatzanspruch. Auf die Herausgabe von Gewinnen richtet er sich nur, wenn zusätzliches vorwerfbares Fehlverhalten des Schuldners nachzuweisen ist.

ZWEITER TEIL

DIE RÜCKABWICKLUNG VON LEISTUNGEN NACH DEUTSCHEM RECHT

- Das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung -

Erster Abschnitt: Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs

Im amerikanischen Recht bildet der Gegenstand der Leistung, bzw. der objektive Wert dieses Gegenstands zugleich den Gegenstand des Anspruchs auf Restitution. Dabei ist es unerheblich, ob der Leistende einen körperlichen Gegenstand geleistet hat oder ob von ihm eine nicht-gegenständliche Leistung, z.B. eine Dienstleistung, erbracht worden ist.

Ist in Anknüpfung an den Leistungsgegenstand der Gegenstand des Restitutionsanspruchs festgestellt, können sich je nach Einzelfall Abweichungen ergeben. Der gutgläubige Schuldner kann im Fall einer "change of position" auf weniger oder gar nicht haften. Der Bösgläubige hat den unter Verwendung des Leistungsgegenstandes erzielten Gewinn herauszugeben.

Im deutschen Recht scheint demgegenüber der Bereicherungsanspruch grundsätzlich andere Strukturen aufzuweisen als der Restitutionsanspruch des amerikanischen Rechts. Diesen Eindruck gewinnt man jedenfalls, wenn man sich zur Beurteilung der Rechtslage an den Grundsätzen orientiert, die von der Rechtsprechung aufgestellt und von dem überwiegenden Teil des Schrifttums akzeptiert worden sind.

Unter Hinweis auf die Vorschrift des § 818 Abs. 3 BGB wird es zum obersten Grundsatz des Bereicherungsrechts erklärt, daß "die Herausgabepflicht des Bereicherten keinesfalls zu einer Verminderung seines Vermögens

über den Betrag der wirklichen Bereicherung hinausführen darf."¹⁾

Aus diesem Grundsatz wird gefolgert, daß nicht der durch die Leistung in das Vermögen des Bereicherungsschuldners gelangte konkrete Gegenstand oder sein Wert den Gegenstand des Anspruchs bilde. Vielmehr sei der abstrakte Vermögensüberschuß, "der Überschuß der Aktiven über die Passiven"²⁾, der als Folge der Leistung im Vermögen des Empfängers angewachsen ist, das Objekt der Herausgabeverpflichtung³⁾. Der Bereicherungsanspruch soll von v o r h e r e i n auf den Betrag beschränkt sein, "der sich bei einer Gegenüberstellung der erlangten Vorteile und der erlittenen Nachteile als Überschuß zugunsten des Empfängers ergibt."⁴⁾ Errechnet wird dieser Überschuß als die Differenz zwischen derjenigen Vermögenslage, wie sie sich infolge der rechtsgrundlosen Leistung ergibt, und derjenigen, die ohne Leistung bestanden hätte (Differenztheorie)⁵⁾.

Die Bereicherung ist nach diesen Grundsätzen somit nicht nur eine Begrenzung der Haftung des Bereicherungsschuldners wie im amerikanischen Recht⁶⁾, sondern sie ist der eigentliche Gegenstand des Anspruchs.

-
- 1) RG vom 11. 10. 1927 (II) RGZ 118, 185 (187); BGH vom 19. 1. 1951 (I) BGHZ 1, 75 (81); BGH vom 7. 1. 1971 (VII) BGHZ 55, 128 (131).
 - 2) RG vom 13. 4. 1934 (II) RG Warn. 1934 Nr. 89 S. 185 (189).
 - 3) RG vom 14. 3. 1903 (V) RGZ 54, 137 (141); RG vom 21. 10. 1931 (V) RG JW 1932, 1724; RG vom 20. 10. 1932 (VIII) RG JW 1933, 692; RG vom 15. 12. 1932 (IV) RG HRR 1933 Nr. 1180.
 - 4) RG vom 24. 3. 1915 (V) RGZ 86, 343 (346); RG, GS vom 30. 1. 1940 RGZ 163, 348 (360); BGH vom 19. 1. 1951 (I) BGHZ 1, 75 (81).
 - 5) RG vom 3. 7. 1933 (VIII) RGZ 141, 310 (312); RG vom 30. 10. 1942 (VII) RGZ 170, 65 (67); BGH vom 7. 5. 1953 (IV) BGHZ 9, 333 (335); zum ganzen FLESSNER S. 10 ff.
 - 6) Vgl. dazu insbesondere FLESSNER S. 75 ff.

Die aufgezeigten Grundsätze stoßen in der Literatur im allgemeinen auf Zustimmung. Nach der wohl h.M. ist der Bereicherungsanspruch im geltenden Recht im Gegensatz zum römischen Recht, das den Konditionsschuldner auf die erlangte "certa res" oder "pecunia" haften ließ¹⁾, nicht gegenständlich an dem rechtsgrundlosen Erwerb orientiert und auf Rückerstattung des Empfangenen ausgerichtet, sondern er bezweckt, abstrakt am Vermögen des Empfängers orientiert, die Abschöpfung der durch den bereicherungsrechtlichen Vorgang bewirkten Vermehrung im Vermögen des Schuldners²⁾.

Der Bereicherungsanspruch stellt sich demnach dar als ein "auf die abstrakte Vermögensvermehrung des Bereicherungsschuldners ausgerichteter Wertersatzanspruch"³⁾.

Eine solche Orientierung des Bereicherungsanspruchs an der beim Schuldner entstandenen Vermögensvermehrung berücksichtigt nicht nur die Regelung des § 818 Abs. 3 schon für die Bestimmung des Anspruchsgegenstandes, sondern sie ermöglicht vor allem auch eine Haftung des Bereicherungsschuldners auf den unter Verwendung des Geleisteten

-
- 1) VON LÜBTOW S. 20 ff.; FLUME Festschrift für Niedermeyer S. 129 ff.; KASER § 139. 3. IV. S. 598.
 - 2) FLUME a. a. O. (FN 1 oben); ders. NJW 1970, 1161 (1162 f.); BOEHMER § 22; ENNECERUS/LEHMANN § 221; ESSER II § 101 III S. 342, § 105 I 1 a S. 376; STAUDINGER/SEUFERT § 812 Rdnr. 9; BGB-RGRK - HEIMANN-TROSIEN § 812 Rdnr. 56, § 818 Rdnr. 1; ferner LANGE NJW 1951, 685 ff.; JAKOBS S. 123, 163; KRAUTWIG S. 52, 102 ff.; KELLMANN, Grundsätze der Gewinnhaftung S. 137 ff.; ders. NJW 1971, 862 (864); HAINES S. 108 ff., 122; ROTH, Festschrift für G. KÜCHENHOFF S. 376 ff.; WILHELM, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung, S. 62. Ähnlich KOPPENSTEINER NJW 1971, 1769; ders. in: KOPPENSTEINER/KRAMER S. 130, 161 ff.; PANKOW S. 71; REEB S. 96 ff.; ERMAN/H. P. WESTERMANN § 818 Rdnr. 17, die den Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB subjektiv bestimmen und auf diese Weise der Bereicherung nach § 818 Abs. 3 BGB gleichstellen.
 - 3) SCHNITZLER JZ 1972, 270.

erwirtschafteten Gewinns. Der erzielte Gewinn bildet nur eine Erweiterung der herauszugebenden Vermögensvermehrung¹⁾.

Ihre Wurzel findet diese Dogmatik in der gemeinrechtlichen Lehre²⁾, aus der sie in den frühen Abhandlungen zum Bereicherungsrecht, insbesondere in den Arbeiten STIEVES³⁾, VON MAYRS⁴⁾ und FISCHERS⁵⁾ auf das Recht des BGB übertragen worden ist und auf diese Weise Eingang in Literatur und Rechtsprechung gefunden hat.

Ihr setzt sich eine neuere Richtung in der Literatur entgegen, die vor allem darauf hinweist, daß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB als Anspruchsgegenstand nicht die "Bereicherung", sondern das erlangte "Etwas" bestimme, während demgegenüber die Vermögensvermehrung nur haftungsmindernd im Rahmen des § 818 Abs. 3 BGB Berücksichtigung finde. Die Bereicherung könne daher nicht als Anspruchsgegenstand herangezogen werden. Im Fall der Leistungskondiktion ist nach dieser Auffassung der Gegenstand der Leistung, z.B. die rechtsunwirksam verkaufte Sache, geleistete Dienste oder eine eingeräumte Gebrauchsmöglichkeit, zugleich der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs. Es wird betont, daß die Kondiktion nicht die Abschöpfung einer Vermögensvermehrung, sondern die Rückführung des Geleisteten in das Vermögen des Gläubigers bezwecke.

-
- 1) So vor allem WILHELM S. 62; ferner ESSER II § 104 II 1 b S. 369; KOPPENSTEINER/KRAMER S. 161 ff.; REEB S. 96 ff.; ERMAN/H. P. WESTERMANN § 818 Rdnr. 18 und LANGE a. a. O. (FN 2 S. 107) S. 687; JAKOBS S. 20 ff., 160 ff.; KELLMANN, Grundsätze S. 75 ff.; KRAUTWIG S. 102 ff.; HAINES S. 108 ff.; ROTH a. a. O. (FN 2 S. 107) S. 379; a. A. FLUME a. a. O. (FN 2 S. 107) S. 152; ENNECCERUS/LEHMANN § 221 FN 1 (sub 3); STAUDINGER/SEUFERT § 812 Rdnr. 7 d FN x x x; PANKOW S. 49 ff.
 - 2) Vgl. FLUME a. a. O. (FN 1 S. 107) S. 145 ff.; FLESSNER S. 4 ff.; WILHELM S. 38 ff.
 - 3) STIEVE, Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs, 1899.
 - 4) VON MAYR, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts, 1903.
 - 5) FISCHER, Bereicherung und Schaden, in: Festschrift für Zitelmann, 1913.

Die Haftungsminderung nach § 818 Abs. 3 BGB bilde nur eine Privilegierung des gutgläubigen Bereicherungsschuldners¹⁾. Eine Haftung des Schuldners auf den Gewinn wird nach dieser Auffassung zumeist abgelehnt, da sie außerhalb des auf Rückgabe oder Wertersatz ausgerichteten Zwecks der Kondiktion liege²⁾.

In einer neueren Entscheidung³⁾ hat auch der BGH erstmals darauf hingewiesen, daß der Bereicherungsschuldner nach dem sich aus den §§ 818 Abs. 1, 2, 4, 819, 820 BGB ergebenden Anspruchsinhalt primär auf das Erlangte oder dessen Wert hafte und die Beschränkung auf die Bereicherung

-
- 1) Grundlegend VON CAEMMERER, Festschrift für Rabel S. 333 ff. (342, 348, 350, 356 ff.) = Ges. Schriften I S. 209 ff. (219, 224, 226, 232 ff.); ihm folgend LARENZ, Schuldrecht Bes. Teil § 70 II S. 511 f.; ferner schon EHRENZWEIG II 1 § 416 S. 733; SIBER II S. 441; außerdem: ESSER 2. Aufl. § 198, S. 815 ff.; FIKENTSCHER § 100 I - V S. 605 ff., § 99 IV 2 a B S. 595 und HAAS S. 36 ff.; KLEINHEYER JZ 1961, 473 (474); PAWLOWSKI JuS 1967, 302, 305; BATSCHE, Vermögensverschiebung und Bereicherungsherausgabe S. 91 ff.; ders. NJW 1972, 611 (613); DIESSELHORST S. 57; BEUTHIEN RdA 1969, 161 ff.; GURSKY NJW 1969, 2183 ff.; ders. JR 1972, 279 ff.; BÄLZ S. 488 ff.; FLESSNER S. 99 ff.; LIEB, Ehegattenmitarbeit S. 96 ff.; ders. NJW 1971, 1289 (1291); CANARIS JZ 1971, 560 (561); OSTENDORF, Die Be- und Entreichung beim ungerechtfertigten Gebrauch und Verbrauch S. 17 ff.; PINGER MDR 1972, 101 ff. (I), 187 ff. (II); TEICHMANN JuS 1972, 247 (249); DIEDERICHSEN, S. 44; GOETZKE AcP 173 (1973) S. 289 ff. (311 ff.); LARENZ, Festschrift für von Caemmerer S. 209 ff. (220 f.); ders. SchuldR II § 70 II S. 512.
 - 2) VON CAEMMERER a. a. O. (oben FN 1) S. 356 ff.; ESSER a. a. O. (oben FN 1) §§ 198, 2 S. 816, 195, 2 a S. 805, 196 2 a S. 810 FIKENTSCHER § 100 I S. 606, 100 V S. 608, 99 IV 2 a B S. 595; HAAS S. 98 ff.; BATSCHE, Vermögensverschiebung S. 111, 113 ff.; BÄLZ S. 507; GURSKY a. a. O. (oben FN 1); PINGER a. a. O. (oben FN 1) S. 103, 188; a. A. Ostendorf, Be- und Entreichung S. 87 ff.; GOETZKE a. a. O. (oben FN 1) S. 319 ff.; LARENZ a. a. O. (oben FN 1) S. 228.
 - 3) Der sog. Flugreise-Entscheidung BGH vom 7. 1. 1971 (II BGHZ 55, 128 (135)); der BGH bezieht sich dabei auf VON CAEMMERER a. a. O. (oben FN 1). Ebenso jetzt in BGH vom 26.10.1978 (VII) = NJW 1979, 160.

nur den gutgläubigen Schuldner begünstigen solle. Dennoch bleibt der BGH auch in dieser Entscheidung noch der Differenztheorie verhaftet¹⁾.

A. Leistung von Gegenständen.

I. Die Rückführung des geleisteten Gegenstandes in das Vermögen des Leistenden als Ziel der Kondiktion.

Berücksichtigt man die Ausführungen der Rechtsprechung und der h. M. zum Gegenstand des Bereicherungsanspruchs, so ist die Abweichung von den genannten Grundsätzen bei der tatsächlichen Ausgestaltung des Bereicherungsanspruchs auffallend. Denn wenn der Leistende einen gegenständlichen Vermögenswert²⁾ dem Vermögen des Empfängers zugeführt hat, ist nach einhelliger Ansicht in erster Linie dieser geleistete Gegenstand herauszugeben. Er ist das "Erlangte" im Sinne des § 812 BGB und damit der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs³⁾.

Ist der Bereicherungsschuldner beim Empfang der Leistung bösgläubig gewesen⁴⁾, bleibt es bei dieser Haftung, da sich der Bösgläubige nicht auf den Wegfall der

1) Der BGH ließ den Beklagten, der eine Flugreise erschlichen hatte, nicht einfach aus §§ 812, 818 Abs. 2, 819 auf den Wert der Flugreise unabhängig von einer Bereicherung haften, sondern hielt an dem Erfordernis einer Bereicherung als Vermögensvermehrung fest und griff zu einer Fiktion: Der Bösgläubige müsse sich so behandeln lassen, als sei er bereichert (im Anschluß an JAKOBS S. 150 f., 160).

2) Insbesondere das Eigentum an einer Sache, weitere Beispiele bei STAUDINGER/LORENZ § 812 Rdnr. 65 ff. und ERMAN/ H. P. WESTERMANN § 812 Rdnr. 6.

3) Statt aller vgl. PALANDT/THOMAS § 818 Anm. 2; ERMAN/ H. P. WESTERMANN § 818 Rdnr. 6, 7; KOPPENSTEINER/KRAMER S. 123; REEB S. 90.

4) Z.B. im Fall einer arglistigen Täuschung oder rechtswidrigen Drohung: §§ 123, 142 Abs. 2 BGB.

Bereicherung nach § 818 Abs. 3 BGB berufen kann¹⁾, sondern verschärft nach §§ 812, 818 Abs. 4, 819, 292, 987 ff. BGB haftet.

Nur der gutgläubige Bereicherungsschuldner kann letztlich auf die Bereicherung haften, die sich als "Überschuß der Aktiven über die Passiven" bestimmen läßt. Aber auch in diesem Fall orientiert sich der Herausgabeanspruch in erster Linie am Gegenstand der Leistung²⁾.

So hat beispielsweise der Bereicherungsschuldner, der dem Anspruchsberechtigten eine Gegenleistung erbracht hat, nicht etwa nur eine etwaige Differenz im Werte dieser beiden Leistungen herauszugeben, sondern er schuldet weiterhin die Herausgabe des geleisteten Gegenstandes Zug um Zug gegen Rückgewähr seiner eigenen Leistung oder ihres Wertes³⁾.

Gleiches gilt, wenn Aufwendungen des Bereicherungsschuldners bereicherungsmindernd zu berücksichtigen sind. Hat z.B. der Bereicherungsschuldner für die Restauration eines rechtsgrundlos erlangten Bildes erhebliche Aufwendungen erbracht, so kann er sich nicht darauf beschränken, dem Gläubiger die Differenz zwischen dem Wert des Bildes

1) RG vom 3. 3. 1939 (I) DR 1939, 634 m. w. N.; BGH vom 1. 10. 1970 (VII) WM 1970, 1421; BGH vom 7. 1. 1971 (II) BGHZ 55, 128 (135); PALANDT/THOMAS § 818 Anm. 7 c; BGB-RGRK - HEIMANN-TROSIEN § 818 Rdnr. 23; ESSER II § 105 III S. 384; LARENZ § 70 IV S. 443 f.; FIKENTSCHER § 100 VII 1 S. 613; KOPPENSTEINER/KRAMER S. 149; REEB S. 125. Ebenso die Motive, MUGDAN II S. 467, nach denen die §§ 739, 740 BGBE I, die die Regelung des § 818 Abs. 3 BGB enthielten, die "besondere Beschaffenheit des Kondiktionsanspruchs und der entsprechenden Verbindlichkeit des Empfängers, sofern dieser in gutem Glauben an den Bestand der Verbindlichkeit die Leistung empfangen hat" bestimmen. Demgegenüber sollte bei Bösgläubigkeit und Eintritt der Rechtshängigkeit "die von den allgemeinen Grundsätzen abweichende, bevorzugte Stellung des Empfängers" aufhören, a. a. O. S. 468. A. A. zum Teil JAKOBS S. 146; LIEB NJW 1971, 1292; WILHELM S. 185.

2) Vgl. KOPPENSTEINER/KRAMER S. 123 f.

3) BGH vom 24. 6. 1963 (VII) NJW 1963, 1870; SOERGEL/MÜHL § 818 Rdnr. 41; STAUDINGER/LORENZ (12. Aufl.) § 818 Rdnr. 44.

und den von ihm aufgewandten Wiederherstellungskosten als seine Bereicherung herauszugeben. Vielmehr hat er auch in diesen Fällen den konkret erlangten Gegenstand an den Gläubiger zurückzugeben und kann nur Zug um Zug Ersatz der aufgewandten Kosten verlangen¹⁾.

Zu einer echten Differenzberechnung mit einer Haftung auf den Wert des Überschusses im Vermögen des Schuldners kommt es nur in zwei Fällen:

Zum einen, wenn ausgetauschte Leistungen gleichartig sind²⁾. Dabei handelt es sich aber nicht um eine Folge einer abstrakten Orientierung des Bereicherungsanspruchs am Vermögen des Empfängers, sondern nur um ein vereinfachtes Abrechnungsverfahren, wie es allgemein für gleichartige Forderungen im Gegenseitigkeitsverhältnis mit der Aufrechnung vorliegt.

Zum anderen dann, wenn der geleistete Gegenstand vom Schuldner nicht mehr herausgegeben werden kann. Aber auch in diesem Fall bleibt der Bereicherungsanspruch primär am geleisteten Gegenstand orientiert, da der Schuldner nach § 818 Abs. 2 BGB zur Herausgabe des objektiven Verkehrswertes des Gegenstandes verpflichtet ist³⁾. Nur wenn der Schuldner gutgläubig ist und deswegen § 818 Abs. 3 BGB eingreift, steht ihm der Einwand des Wegfalls oder der Minderung der Bereicherung zu und nur in diesem Fall erstreckt sich die Haftung auf die Bereicherung im Sinne eines abstrakten Vermögensüberschusses⁴⁾. Nur für diese eine Fallvariante, in der der Schuldner gutgläubig ist und sich auf den Einwand der Minderung der Bereicherung wegen des Verlustes des geleisteten Gegenstandes beruft,

1) ERMAN/H. P. WESTERMANN § 818 Rdnr. 37; anders noch auf dem Boden der Differenztheorie FISCHER a. a. O. (FN 5 S. 108) S. 11.

2) SOERGE/MÜHL § 818 Rdnr. 41; STAUDINGER/LORENZ (12. Aufl) § 818 Rdnr. 47; jeweils m. w. N.

3) Näheres unten S. 113 ff.

4) Der bösgläubige Bereicherungsschuldner haftet weiter auf den Wert nach § 818 Abs. 2 BGB, nicht nur auf Schadenersatz, wie §§ 819, 818 Abs. 4, 292, 989 BGB vermuten lassen. Vgl. FIKENTSCHER § 100 VII 1 a S. 613 f.; KOPPEN-STEINER/KRAMER S. 165.

kann man davon sprechen, daß der Bereicherungsanspruch abstrakt am Vermögen des Empfängers orientiert ist und die Abschöpfung der durch die Leistung im Vermögen des Schuldners entstandenen Vermehrung bewirkt.

Es ist daher festzuhalten, daß bei gegenständlichen Leistungen die Leistungskondition in erster Linie dazu dient, den geleisteten Gegenstand in das Vermögen des Leistenden zurückzuführen und auf diese Weise die erfolgte Vermögensverschiebung rückgängig zu machen¹⁾. Der besondere Schutz den der gutgläubige Bereicherungsschuldner mit der Beschränkung der Haftung auf die Bereicherung genießt, entbindet ihn daher nicht von der Pflicht, den geleisteten Gegenstand herauszugeben. Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs kann daher nicht in der abstrakten Vermögensvermehrung des Empfängers, sondern nur in dem Gegenstand der Leistung erblickt werden.

II. Der Wertersatzanspruch des § 818 Abs. 2 BGB. Der Begriff "Wert".

Ist der Empfänger der Leistung zur Herausgabe des Erlangten außerstande, so hat er nach § 818 Abs. 2 BGB den Wert zu ersetzen.

Bisher ist einhellig der Wert objektiv als "gemeiner Wert" bzw. als "objektiver Verkehrswert, den die Leistung für jedermann hat" bestimmt worden²⁾.

-
- 1) Vgl. VON CAEMMERER a. a. O. (FN 1 S. 109) S. 342 = Ges. Schr. I S. 218.
 - 2) RG vom 3. 5. 1935 (VII) RGZ 147, 396 (398); BGH vom 27. 2. 1952 (II) BGHZ 5, 197 (201); BGH vom 10. 7. 1953 (V) BGHZ 10, 171 (180); BGH vom 13. 5. 1955 (V) BGZ 17, 236 (239); BGH vom 1. 2. 1962 (VIII) BGHZ 36, 321 (323); BGH vom 25. 6. 1962 (VII) BGHZ 37, 258 (264); BGH vom 19. 9. 1962 (V) BGH NJW 1962, 2293; BGH vom 20. 12. 1965 (VII) BGH WM 1966, 369; BGH vom 4. 10. 1967 (VIII) BGH WM 1967, 1250; BGH vom 7. 1. 1971 (II) BGHZ 55, 128 (135); ferner schon die Motive MUGDAN II S. 467. Aus dem Schrifttum vgl. LARENZ § 70 I S. 509 f.; SOERGEL/MÜHL § 818 Rdnr. 11; STAUDINGER/LORENZ § 818 Rdnr. 26; BGB-GRK - HEIMANN-TROSIEN § 818 Rdnr. 18; PALANDT/THOMAS § 818 Anm. 5 c. Zum Ganzen vgl. nunmehr LARENZ, Festschrift für von Caemmerer, S. 209 ff.

Dem tritt neuerdings KOPPENSTEINER¹⁾ entgegen. Nach seiner Auffassung ist es notwendig, den Begriff "Wert" im Sinn des § 818 Abs. 2 BGB subjektiv am jeweiligen Empfänger Vermögen zu orientieren. Die Folge davon ist, daß der Wertersatz sich auf das richtet, was das nicht restitutionfähige Erlangte im Vermögen des Empfängers repräsentiert²⁾, d. h. nicht auf den Wert, den das Erlangte für jedermann hätte, sondern auf den Wert für den jeweiligen Bereicherungsschuldner. Mit anderen Worten ausgedrückt bedeutet das, daß der Wertersatzanspruch des § 818 Abs. 2 BGB sich von vornherein auf die Herausgabe der Bereicherung richtet, ohne daß es einer direkten Anwendung des § 818 Abs. 3 BGB bedarf.

KOPPENSTEINER will mit dieser Neuinterpretation des Wertbegriffs drei häufig diskutierte Probleme des Bereicherungsrechts einer dogmatisch einwandfreien Lösung zuführen, nämlich das Problem der aufgedrängten Bereicherung, der Gewinnherausgabe und der Herausgabe der Bereicherung bei Ge- und Verbrauch fremder Rechtsobjekte³⁾.

Die Grundlage für die Neuinterpretation findet KOPPENSTEINER in der "ancillarischen Funktion"⁴⁾ des § 818 Abs. 2 BGB und in einer ebenfalls von ihm vorgenommenen neuartigen einschränkenden Interpretation des § 818 Abs. 3 BGB.

KOPPENSTEINER sieht die Aufgabe des Anspruchs auf Wertersatz zutreffend darin, dem Gläubiger des Bereicherungsanspruchs einen neuen Anspruchsgegenstand zu verschaffen, wenn der Bereicherungsschuldner zwar nur gegenständlichen Restitution nicht mehr in der Lage ist, aber dennoch eine Bereicherung seines Vermögens vorliegt.

1) NJW 1971, 1769 ff. und in KOPPENSTEINER/KRAMER S. 124 f. 159 ff.; ihm folgend REEB S. 98; ERMAN/H. P. WESTERMANN § 818 Rdnr. 17. Ebenso PANKOW S. 56 ff. und schon VON MAYR a. a. O. (FN 4 S. 108) S. 600 ff. Vgl. auch ESSER II § 105 I 2 S. 378 f.; KLEINHEYER a. a. O. (FN 1 S. 109).

2) KOPPENSTEINER/KRAMER S. 167.

3) NJW 1971, 1771 ff.

4) A. a. O. (oben FN 2) S. 125.

Daraus folgt für ihn, daß der Wertersatzanspruch nur ein technisches Problem löse, während ihm eine eigene Ausgleichsidee nicht zugrundeliege. Der Wertersatzanspruch sei daher so zu fassen, daß er im wirtschaftlichen Ergebnis auf dasselbe hinauslaufe wie die bereicherungsrechtliche Normalabwicklung, die in der Herausgabe der Bereicherung besteht¹⁾. Der Wert im Sinne des § 818 Abs. 2 BGB entspricht nach KOPPENSTEINER daher der im Vermögen des Schuldners eingetretenen Bereicherung²⁾.

Der sogleich auftauchenden Frage, ob nicht auch bei objektiver Bestimmung des Wertes immer noch die Anwendung des § 818 Abs. 3 BGB die "bereicherungsrechtliche Normalabwicklung" gewährleiste, begegnet KOPPENSTEINER mit einer neuartigen einschränkenden Interpretation des § 818 Abs. 3 BGB. Für ihn ergibt sich aus dem im Vergleich mit den Vorschriften der §§ 818 Abs. 4, 819 f. BGB gewonnenen Normzweck des § 818 Abs. 3 BGB, daß der Einwand aus § 818 Abs. 3 BGB nur denjenigen Schuldnern zustehen die glaubten, das Erlangte endgültig behalten zu dürfen. Daraus folge aber, daß nach § 818 Abs. 3 BGB der Schuldner nur von Aufwendungen entlastet werden solle, die er im Hinblick auf die vermeintliche Beständigkeit des Erwerbs getätigt habe³⁾. Mit dem Erlangten selbst, seinem Wegfall, seinem Wert oder Veränderungen seines Wertes habe die Bestimmung dagegen nichts zu tun⁴⁾. Der Untergang des Erlangten führe nicht zu einer Entlastung des Schuldners in Anwendung des § 818 Abs. 3 BGB. Denn der zufällige Untergang des Erlangten habe mit dem Vertrauen des Empfängers auf die Beständigkeit seines Erwerbes nichts zu tun. Auch der verschuldete Untergang werde, da zumeist fahrlässig herbeigeführt, nicht damit zusammenhängen⁵⁾. Der Einwand der Entreicherung bei ersatzlosem Untergang des Erlangten ergebe sich in diesen

1) A. a. O. (FN 2 S. 114), S. 125, 160.

2) Vgl. a. a. O. (FN 2 S. 114), S. 164 ff.

3) A. a. O. (FN 2 S. 114), S. 135.

4) A. a. O. (FN 2 S. 114), S. 135 ff., 143; vgl. demgegenüber die Motive MUGDAN II S. 467.

5) A. a. O. (FN 2 S. 114), S. 135 f.

Fällen vielmehr aus § 818 Abs. 1, 2. Satz BGB¹⁾. Die Haftung auf etwaig ersparte anderweitige Aufwendungen gründe auf § 818 Abs. 2 BGB²⁾. § 818 Abs. 3 BGB setze demgegenüber auf Grund der von dieser Bestimmung unberührten gegenständlichen Orientierung des Bereicherungsanspruchs voraus, daß sich das Erlangte bzw. sein Wert noch im Vermögen des Schuldners befänden. Dahin ginge auch der Wortlaut des § 818 Abs. 3 BGB³⁾.

Der Auffassung KOPPENSTEINERS kann nicht gefolgt werden. Durch seine Interpretation weicht die Bedeutung des Begriffs "Wert" im Sinne von § 818 Abs. 2 BGB ab von der Bedeutung, die diesem Begriff im allgemeinen gegeben wird⁴⁾. Ferner fällt auf, daß der § 818 Abs. 2 BGB, dem nach KOPPENSTEINER nur eine rein technische, "ancillarrische" Funktion zukommt, durch diese Interpretation zu einer der wichtigsten Vorschriften des Bereicherungsrechts wird, obwohl ihm eine eigenständige Ausgleichsidee nicht zugrundeliegen soll. Demgegenüber wird § 818 Abs. 3 BGB, der nach bisheriger Ansicht als die Verkörperung des Grundgedankens des bereicherungsrechtlichen Ausgleichs erschien, in seiner Bedeutung erheblich zurückgedrängt.

Nun ergeben sich aber gerade aus der technischen Funktion des § 818 Abs. 2 BGB die Gründe, die einer Subjektivierung des Wertbegriffs im Sinne KOPPENSTEINERS entgegenstehen. Denn die Anordnung der Herausgabe des objektiven Wertes ist notwendig, um das beweisrechtliche Gefüge des Bereicherungsrechts aufrechtzuerhalten:

Macht der Gläubiger den Anspruch aus § 812 BGB im Prozeß geltend, hat er als Voraussetzung des Anspruchs darzulegen, und notfalls zu beweisen, daß der Schuldner etwas erlangt hat⁵⁾. Berufte sich der Schuldner auf eine Minderung oder den Wegfall seiner Bereicherung, hat er

1) A. a. O. (FN 2 S. 114), S. 137 f.

2) A. a. O. (FN 2 S. 114), S. 143, 168.

3) A. a. O. (FN 2 S. 114), S. 137.

4) Vgl. z.B. §§ 915, 1039, 1478, 1502, 1515 BGB.

5) PALANDT/THOMAS § 818 Anm. 8.

den notwendigen Nachweis dafür zu erbringen¹⁾. Weist nun der Schuldner nach, daß ihm die Herausgabe des Erlangten unmöglich geworden ist²⁾, kann der Gläubiger seinen Anspruch auf § 818 Abs. 2 BGB stützen. Er hat nun nach allgemeinen beweisrechtlichen Grundsätzen die Voraussetzungen dieses Anspruchs, mithin den Wert des Erlangten, darzulegen und zu beweisen³⁾.

Bedeutet nun "Wert" im Sinne des § 818 Abs. 2 BGB "objektiver Verkehrswert", bleibt die ursprüngliche Darlegungs- und Beweislastverteilung erhalten. Der Gläubiger hat den objektiven Verkehrswert des Erlangten im maßgebenden Zeitpunkt⁴⁾ darzulegen und zu beweisen, dem Schuldner obliegt es, den Beweis zu erbringen, daß seine Bereicherung diesem objektiven Wert nicht entspricht.

Begreift man dagegen mit KOPPENSTEINER den Wert subjektiv als das, was das nicht restitutionfähige Erlangte im Vermögen des Empfängers repräsentiert, hat folgerichtig der Gläubiger darzulegen und zu beweisen, welche vermögensmäßigen Auswirkungen sich auf Grund der Leistung im Vermögen des Schuldners ergeben haben. Durch diese Interpretation wird daher der Unterschied zwischen Gegenstand und Umfang des Anspruchs verwischt⁵⁾ und das Beweislastgefüge des Bereicherungsrechts durchbrochen. Nicht mehr der Schuldner hätte den Wegfall der Bereicherung darzulegen und zu beweisen, sondern dem Gläubiger obläge es, den Wegfall der Bereicherung in seiner Darlegung zu berücksichtigen und die tatsächlich eingetretene Vermögensvermehrung beim Schuldner nachzuweisen⁶⁾. Offensichtlich würden ihm hiermit vom Gesetz nicht gewollte

-
- 1) RG vom 14. 3. 1907 (VI) RGZ 65, 292; RG vom 11. 5. 1915 (II) RG JW 1915, 711; RG vom 14. 5. 1928 (IV) RG JW 1928, 3244; SOERGEL/MÜHL § 818 Rdnr. 51; PALANDT/THOMAS a. a. O. (FN 5 S. 116); Motive MUGDAN II S. 467.
 - 2) Die Beweislast obliegt insoweit dem Schuldner, vgl. STAUDINGER/SEUFERT § 818 Rdnr. 26.
 - 3) STAUDINGER/SEUFERT a. a. O. (oben FN 2); PALANDT/THOMAS a. a. O. (FN 5 S. 116).
 - 4) Dazu siehe unten S. 164 ff.
 - 5) Zutreffend GOETZKE a. a. O. (FN 1 S. 109) S. 311 ff.; PALANDT/THOMAS § 818 Anm. 5 c; FIKENTSCHER § 100 ff.; LARENZ a. a. O. (FN 2 S. 113) S. 223.
 - 6) Vgl. KOPPENSTEINER/KRAMER S. 169.

Schwierigkeiten bereitet werden¹⁾.

Die 1. Kommission hat denn auch gerade wegen der beweisrechtlichen Konsequenzen an der Wertersatzhaftung festgehalten und einen Antrag WINDSCHEIDS, nach dem die Herausgabe der ersparten Aufwendungen des Bereicherungsschuldners, mithin der Bereicherung, verlangt werden konnte, abgelehnt²⁾.

Berücksichtigt man daher das Beweislastgefüge des Bereicherungsrechts, ergibt sich aus der Funktion des § 818 Abs. 2 BGB gerade das Gegenteil von dem, was KOPPENSTEINER annimmt. Nur die Interpretation des Begriffs "Wert" als objektiver Verkehrswert wird der Bedeutung des § 818 Abs. 2 BGB gerecht.

Außerdem hat die Interpretation KOPPENSTEINERS die Konsequenz, daß Wert im Sinn des § 818 Abs. 2 BGB je nach Gut- oder Bösgläubigkeit des Schuldners etwas Verschiedenes bedeutet. Denn daß der Bösgläubige immer zumindest den objektiven Verkehrswert des Erlangten herauszugeben hat, steht auch für KOPPENSTEINER fest³⁾.

Er kann auch nicht überzeugend begründen, warum die Lösung der von ihm anvisierten Probleme nicht durch die Anwendung des § 818 Abs. 3 BGB erbracht werden kann⁴⁾.

Die einschränkende Interpretation des § 818 Abs. 3 BGB kann ebenfalls nicht überzeugen. Abgesehen davon, daß auch durch diese Interpretation das beweisrechtliche Gefüge des Bereicherungsrechts empfindlich gestört werden würde, ist KOPPENSTEINERS Argument, seine Interpretation

1) So schon ROTHOEFT AcP 166 (1966) S. 246 (248); die gegen ihn von KOPPENSTEINER NJW 1971, 1775 FN 80 vorgebrachten Einwände treffen nicht zu, da der Gläubiger nicht Negativa zu beweisen hat.

2) Vgl. SCHUBERT SavZRG Rom. Abt. Bd. 92 (1975) S. 187 ff. (209).

3) A. a. O. (FN 2 S. 114) S. 157, 165, 169 f.; NJW 71, 1775.

4) Dazu ausführlich GOETZKE a. a. O. (FN 1 S. 109) S. 308 ff.; ferner GURSKY NJW 1969, 2184 und LARENZ a. a. O. (FN 2 S. 113) § 70 II S. 513; Festschrift S. 222 ff. Für die Herausgabe von Gebrauchsvorteilen siehe näheres unten S. 126 ff. Auch das Problem der aufgedrängten Bereicherung läßt sich durch Anwendung von § 818 Abs. 3 BGB lösen, vgl. KLAUSER NJW 1958, 47 (48 f.); VON RITTEBERG S. 133 ff.; PINGER JZ 1972, 187 (189); GOETZKE a. a. O.; LARENZ a. a. O.; WILHELM S. 85 FN 86.

ergäbe sich zwangsläufig aus dem Normzweck des § 818 Abs. 3 BGB, unrichtig. Zwar trifft es nach dem Normzweck des § 818 Abs. 3 BGB zu, daß nur derjenige Schuldner, der darauf vertraut hat, den erlangten Vorteil endgültig behalten zu dürfen, sich auf den Wegfall der Bereicherung berufen darf. Daraus folgt aber nicht, daß § 818 Abs. 3 BGB den Schuldner nur von Aufwendungen entlasten will. Wenn jemand z.B. eine geschenkte Flasche Wein austrinkt, so handelt er im Vertrauen darauf, daß er diese Flasche rechtsgültig erworben hat. Demnach erfolgt der Verbrauch im Vertrauen auf den endgültigen Erwerb, so daß die eingetretene Entreicherung auch von KOPPENSTEINER im Rahmen des § 818 Abs. 3 BGB berücksichtigt werden müßte. Wäre dem Betroffenen dagegen die Flasche Wein noch auf dem Weg aus dem Weinkeller heruntergefallen und zerschellt, müßte sich nach KOPPENSTEINER die Entlastung des Schuldners aus § 818 Abs. 1 BGB ergeben. Dieser durch nichts zu begründende Unterschied erledigt sich aber sogleich, wenn man folgendes bedenkt: Wird der Schuldner nach dem Normzweck des § 818 Abs. 3 BGB entlastet, wenn er im Vertrauen auf seinen endgültigen Erwerb bewußt Verminderungen seines Vermögens herbeiführt, so muß selbstverständlich das gleiche gelten, wenn der Schuldner unbewußt handelt oder die Einbußen ohne Zutun des Schuldners eintreten. Eine Diskrepanz zu dem Normzweck des § 818 Abs. 3 BGB¹⁾ ergibt sich dabei nicht, vielmehr wird er auch gerade durch die Berücksichtigung dieser Fälle verwirklicht.

Überdies gibt KOPPENSTEINER dem § 818 Abs. 1 BGB eine Bedeutung, die ihm nicht zukommen kann. § 818 Abs. 1 BGB ordnet die Herausgabe von Surrogaten an. Es ist daher einleuchtend, daß der Schuldner nicht nach dieser Bestimmung zur Herausgabe von Surrogaten verpflichtet ist, wenn solche nicht erworben worden sind. Mehr kann

1) So. a. a. O. (FN 2 S. 114), S. 136.

man dem Regelungsinhalt der Vorschrift nicht entnehmen, insbesondere nicht, daß der Schuldner frei wird, wenn der erlangte Gegenstand bei ihm untergegangen und ein Surrogat nicht vorhanden ist. Immerhin ist das Bereicherungsrecht Bestandteil des Besonderen Schuldrechts, auf das die Regeln des Allgemeinen Schuldrechts Anwendung finden. Nach diesen Regeln wird der Schuldner aber nur im Fall der nicht zu vertretenden Unmöglichkeit, § 275 BGB, von seiner Verpflichtung frei. Der Gesetzgeber hat diesen Umstand berücksichtigt und *i n A b w e i - c h u n g* von den allgemeinen Vorschriften den Wegfall der Haftung des Gutgläubigen in § 818 Abs. 3 BGB normiert¹⁾. Auch der ersatzlose Untergang des Geleisteten ist daher im Rahmen des § 818 Abs. 3 BGB zu berücksichtigen.

Nur hinsichtlich der Frage, ob der Schuldner Gewinne herauszugeben hat, kann die Antwort nicht dem § 818 Abs. 3 BGB entnommen werden, da diese Vorschrift nur für die Verminderung der Bereicherung eine Regelung trifft. Daß KOPPENSTEINER²⁾ die Gewinnhaftung dann aber aus § 818 Abs. 2 BGB herleiten will, obwohl § 818 Abs. 2 BGB nach seiner Auffassung eine eigene Ausgleichsidee fehlt und weder § 818 Abs. 1 BGB noch § 818 Abs. 3 BGB zur Begründung einer Gewinnhaftung herangezogen werden können, muß auf Bedenken stoßen.

Es ergibt sich somit, daß die Subjektivierung des Begriffs "Wert" im Sinn des § 818 Abs. 2 BGB weder der Funktion dieser Vorschrift im Bereicherungsrecht gerecht wird, noch daß die Korrekturen, die KOPPENSTEINER am Anspruchsgefüge des Bereicherungsrechts vornimmt, notwendig sind oder dem System der bereicherungsrechtlichen Regelung entsprechen. Die Interpretation des Begriffs "Wert" im Sinne des § 818 Abs. 2 BGB, wie sie von der

1) Motive MUGDAN II S. 467.

2) Ihm folgend REEB S. 107 ff. und ERMAN/ H. P. WESTERMANN § 818 Rdnr. 16 ff.

h. M. vorgenommen wird, ist daher beizubehalten.

III. Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs in der Zwangsvollstreckung.

Ist der geleistete Gegenstand noch im Vermögen des Schuldners vorhanden, so schuldet nach deutschem Recht der Konditionsschuldner die gegenständliche Herausgabe des Erlangten, § 812 BGB. Diese Verpflichtung kann der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen, §§ 883 - 886 ZPO. Demgegenüber ist der Restitutionsgläubiger nach amerikanischen Common Law im allgemeinen nur zur Leistung von Wertersatz verpflichtet. Nur in bestimmten Fällen wird nach Equity-Recht dem Gläubiger das Recht zugestanden, gegenständliche Herausgabe des Erlangten zu verlangen. Er muß dafür ein spezifisches Interesse gerade an dieser Form der Rückabwicklung vorweisen, das in der Regel nur bei Leistung von Grundstücksrechten vorliegt, nicht aber dann, wenn er sich den geleisteten Gegenstand jederzeit anderweitig wiederbeschaffen kann¹⁾.

Ob man aus diesem Gegensatz allerdings folgern kann, daß im amerikanischen Recht der bereicherungsrechtliche Ausgleich in erster Linie durch die Leistung von Wertersatz vorgenommen wird, während im deutschen Recht primär eine Rückgabe des Geleisteten erfolgt und nur sekundär ein Wertersatzanspruch besteht, ist zweifelhaft.

Der Unterschied in den beiden Rechten kann zum einen nur dann wirksam werden, wenn der geleistete Gegenstand noch gegenständlich im Vermögen des Schuldners vorhanden ist. Andererseits ist aber auch im amerikanischen Recht der Schuldner in erster Linie zur gegenständlichen Herausgabe des Erlangten verpflichtet, bzw. kann er sich von der Restitutionsverpflichtung durch die Herausgabe des Erlangten befreien²⁾. Immer dann, wenn der Schuldner

1) Siehe oben S. 45 ff.

2) 13 WILLISTON § 1575; DOBBS S. 626, 631.

seiner Verpflichtung nachkommt, ergibt sich somit kein Unterschied zwischen den beiden Rechten.

Verweigert dagegen der Schuldner die Herausgabe, ist es fraglich, ob nicht auch im deutschen Recht die gegenständliche Herausgabe zugunsten einer Wertersatzhaftung zurücktritt. Anstatt die Zwangsvollstreckung nach §§ 883 ff. ZPO durchzuführen, dürfte es für den Gläubiger günstiger sein, dem Schuldner eine Frist zur Herausgabe zu bestimmen und nach Ablauf dieser Frist den Schadensersatzanspruch nach § 283 BGB geltend zu machen, zumal er die Verurteilung zur Herausgabe und zum Schadensersatz in einem Prozeß erreichen kann¹⁾.

Dieses Verfahren, das praktisch auf Wertersatz hinausläuft, hat für den Gläubiger den Vorteil, daß er sich nicht um eine Veräußerung des Geleisteten kümmern muß, daß er nach § 252 BGB den entgangenen Gewinn ersetzt verlangen und in der Zwangsvollstreckung auf das gesamte Vermögen des Schuldners zugreifen kann.

Es empfiehlt sich nur dann nicht, wenn der Gläubiger ein besonderes Interesse gerade an der gegenständlichen Herausgabe des Geleisteten hat. Hierbei wird es sich um dieselben Tatbestände handeln, in denen auch nach amerikanischem Recht gegenständliche Herausgabe verlangt werden kann, also um Fälle, in denen der Geldwert wirtschaftlich einen ungenügenden Ersatz für den geleisteten Gegenstand darstellt.

Wegen der Möglichkeit, die der § 283 BGB im deutschen Recht bietet, wird sich daher der bereicherungsrechtliche Ausgleich im deutschen Recht nicht viel anders vollziehen als im amerikanischen Recht. Der Kondizient wird den erlangten Gegenstand herausgeben oder, wenn er sich weigert, Wertersatz leisten müssen. Soweit der Wertersatz der gegenständlichen Rückgabe wirtschaftlich nicht gleichkommt, wird der Gläubiger die gegenständliche Herausgabe erzwingen. Der aufgezeigte Unterschied zwischen dem amerikanischen Restitutionsrecht und dem deutschen Bereicherungsrecht wird sich daher in der Praxis kaum auswirken.

1) §§ 255, 259 ZPO; vgl. ROSENBERG/SCHWAB § 93 II c, S. 465.

IV. Der Bereicherungsanspruch im Konkurs des Schuldners.

Im amerikanischen Recht wird dem Leistenden, der auf Grund von "mistake", fraud", "duress" oder "undue influence" die Leistung erbracht hat, im Konkurs des Schuldners ein Vorrecht vor den übrigen Gläubigern eingeräumt¹⁾. Soweit er bewegliche Sachen geleistet hat und diese sich noch im Vermögen des Leistungsempfängers befinden, kann er nach Common Law anfechten ("rescission in pais") und, da das amerikanische Recht kein Abstraktionsprinzip kennt, auf diese Weise sowohl den schuldrechtlichen Vertrag als auch die Übereignung beseitigen. Als Rechtsinhaber kann er dann aussondern. Soweit eine Anfechtung nach Common Law nicht möglich ist oder der Gläubiger auf Surrogate des Geleisteten zugreifen will, hilft ihm die Rechtsfigur des "constructive trust". Als Inhaber des "equitable interest" an dem geleisteten Gegenstand oder dessen Surrogaten bleibt der Leistende dinglich Berechtigter und somit aussonderungsberechtigt.

Sachlich spricht für diese Bevorrechtigung des Leistenden im Konkurs des Leistungsempfängers, daß der Leistende sich auf Grund einer fehlerhaften Willensbildung des Rechts an dem geleisteten Gegenstand entäußert hat und daher schützenswerter erscheint als die übrigen Gläubiger, die dem Leistungsempfänger willentlich Kredit gewährt haben²⁾.

Es sind daher auch im deutschen Recht gelegentlich Versuche unternommen worden, Bereicherungs- und andere Herausgabeansprüche mit einem Konkursvorrecht auszustatten. In den Beratungen der 2. Kommission zum Entwurf des BGB ist ein entsprechender Antrag gestellt worden. Er wurde von der Mehrheit aber abgelehnt wegen Verstoßes

-
- 1) Restatement of Restitution §§ 160 Comm. e, f; 163 Comm. d; 166 Comm. b; 5 SCOTT §§ 462. 3, 465, 468; DAWSON, Unjust enrichment S. 31 f.; KÖTZ S. 88 ff.; 149 ff.; siehe oben S. 114 ff.
- 2) Vgl. VON TUHR II 2, § 73 S. 111; KÖTZ S. 151, differenzierend COSTEDE S. 82 ff.

gegen das grundlegende Prinzip der Konkursordnung, nach dem sämtliche Gläubiger persönlicher Forderungen gleichgestellt sind. Außerdem verneinte die Mehrheit ein Bedürfnis für eine entsprechende Vorschrift¹⁾.

Ferner hat WILBURG²⁾ ein "Vorrecht der Wertverfolgung" für denjenigen Gläubiger vorgeschlagen, dessen Anspruch sich auf Rückgabe eines Wertes richtet, der aus seinem Vermögen in das des Schuldners gelangt ist, und ASSFALG³⁾ hat in jedem Rechtsverhältnis, das zur Über-eignung eines Gegenstandes verpflichtet, die Struktur des Treuhandverhältnisses erkannt und auf diese Weise einen Aussonderungsanspruch auch des Gläubigers eines Bereicherungsanspruchs begründet.

Beide Vorschläge können aber nur de lege ferenda von Bedeutung sein, de lege lata ist der Leistende als Inhaber eines persönlichen Verschaffungsanspruchs im Konkurs des Leistungsempfängers nach deutschem Recht nicht aussonderungsberechtigt⁴⁾.

Dieser Unterschied zwischen den beiden Rechten ver-wischt sich aber bei näherer Betrachtung zusehends. In der amerikanischen Rechtsprechung hat nämlich das Konkursvorrecht des Restitutionsgläubigers im wesentlichen nur bei arglistiger Täuschung ("fraud") des Leistenden eine Rolle gespielt⁵⁾. In diesen Fällen ist aber auch nach deutschem Recht der Leistende bevorrechtigt. Denn er kann im Fall des § 123 BGB nicht nur den schuldrechtlichen Vertrag, sondern auch das dingliche Geschäft anfechten⁶⁾. Er ist dann nicht nur Inhaber eines

1) Protokolle MUGDAN II S. 1191 f.

2) Jur. Bl. 1949 S. 29 ff.

3) S. 151, 159, 163; dagegen KÖTZ S. 154.

4) RG vom 18. 10. 1907 (II) RGZ 66, 385 (389); RG vom 24. 11. 1908 (VII) RGZ 70, 55 (57); JAEGER/LENT § 43 KO Anm. 31. Tritt die Bereicherung erst nach Konkurseröffnung ein, erhält der Gläubiger eine Masseforderung, § 59 Nr. 3 KO.

5) Nachweise siehe oben S. 30 f.

6) RG vom 24. 11. 1908 (VII) RGZ 70, 55, WESTERMANN § 4 IV 1 S. 25; BAUR § 5 IV 3 a S. 42. Gleiches kann je nach Fallgestaltung auch bei einem Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaft gelten, ENNECCERUS/NIPPERDEY § 169 II S. 1051; FLUME, Allg. Teil § 24, 4 S. 489; WESTERMANN a. a. O.; BAUR a. a. O. Regelmäßig

wird eine Anfechtung durchgreifen, wenn das obligatorische und das dingliche Rechtsgeschäft als eine Geschäftseinheit abgeschlossen werden. Für eine Anwendung von § 139 BGB in diesen Fällen: HECK, SachenR, § 3.8 S. 121.

bereicherungsrechtlichen Anspruchs, sondern da er das Eigentum am geleisteten Gegenstand zurückerwirbt, kann er als Inhaber des dinglichen Herausgabeanspruchs aus § 985 BGB im Konkurs des Leistungsempfängers aussondern, § 43 KO. Unterschiedlich bleibt allerdings die Regelung der Surrogation. Während der Gläubiger im amerikanischen Recht auf jeden Gegenstand im Vermögen des Schuldners bevorrechtigt zugreifen kann, den er als Surrogat des Geleisteten identifiziert, ist im deutschen Recht in § 46 KO nur in ein in engen Grenzen gehaltenes Recht auf den Veräußerungserlös normiert.

Entscheidungen bezüglich eines Konkursvorrechts des Restitutionsgläubigers, denen nicht eine arglistige Täuschung zugrundelag, sind demgegenüber selten. Soweit sie auf "duress" (rechtswidrige Drohung) oder den Fällen des § 138 Abs. 2 BGB gleichkommender "undue influence" beruhen, besteht die gleiche Rechtslage wie im deutschen Recht. Denn die Übereignungen sind auch in diesen Fällen anfechtbar oder nichtig¹⁾.

Nur soweit eine Leistung auf Grund eines "mistake" erfolgte, ergeben sich letztlich Unterschiede. In einem Fall, in dem sich der Leistende in der Person des Leistungsempfängers irrte²⁾, wäre allerdings auch im deutschen Recht eine Anfechtung der Übereignung nach § 119 Abs. 1 BGB möglich gewesen, so daß letzten Endes Fälle übrig bleiben, in denen der Leistende sich irrtümlich zur Leistung verpflichtet glaubte und daher auf Grund eines Irrtums im Beweggrund den Gegenstand übereignete. Um aber in dieser Fallgruppe eine Entscheidung zu finden, in der abweichend vom deutschen Recht ein Konkursvorrecht gewährt wurde, muß man schon auf die Leitentscheidung In Re Berry³⁾ zurückgreifen.

1) Vgl. WOLFF/RAISER § 38 FN 11 S. 119; WESTERMANN § 4 IV 1 S. 25, BAUR § 5 IV 3 a S. 42.

2) Potucek v Cordeleria Lourdes 310 F.2d 527 (C.C.A. 10th Cir. 1962).

3) 147 F. 208 (C.C.A. 2nd Cir. 1906). Hinzu tritt Home Sav. Bank v Rolando 14 A.2d 822 (Rh. I. 1940), wonach die irrtümlich an einen Nichtberechtigten geleistete Zahlung bevorrechtigt zurückverlangt werden konnte. In Re Bangor Trust Co. 317 Pa. 495, 178 A. 290 (1935) scheiterte die Klage, da der Kläger die herauszugebende Summe nicht identifizieren konnte.

Letztlich bestätigt dieser Befund die Skepsis der Mehrheit der 2. Kommission, die für eine Normierung eines Konkursvorrechts zugunsten des Gläubigers eines Bereicherungsanspruchs ein Bedürfnis nicht festzustellen vermochte.

B. Nicht gegenständliche Leistungen.

Ist eine Sache oder ein Recht geleistet worden, läßt sich der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs ohne weiteres feststellen. Es liegt der Fall einer Vermögensverschiebung vor. Ein Vermögenswert ist aus dem Vermögen des Gläubigers in das des Schuldners geleistet worden und bewirkt eine Vermehrung dieses Vermögens. Ist die Vermögensverschiebung ohne Rechtsgrund erfolgt, wird der Schuldner zur Herausgabe des geleisteten Vermögenswertes verpflichtet. Der Gegenstand der Leistung bildet daher den Gegenstand des Kondiktionsanspruchs. Er ist das erlangte "etwas" im Sinn von § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB¹⁾.

Demgegenüber hat die Bestimmung des Anspruchsgegenstandes im Fall nicht-gegenständlicher Leistung sowohl der Rechtsprechung als auch dem Schrifttum immer wieder Probleme bereitet²⁾. Im Vordergrund steht dabei überwiegend das Bemühen um eine zutreffende dogmatische Konstruktion, während sachliche Differenzen in geringerem Umfange auftreten.

1) Siehe oben S. 110 ff.

2) BGH vom 14. 7. 1956 (V) BGHZ 21, 319; BGH vom 7. 1. 1971 (VII) BGHZ 55, 128. Im Schrifttum vgl. vor allem OSTENDORF, Die Be- und Entreicherung beim ungerechtfertigten Verbrauch und Gebrauch von Gegenständen und Leistungen; ders. JuS 1974, 447; LIEB, Ehegattenmitarbeit S. 86 ff.; ders. NJW 1971, 1289; außerdem BLOMEYER MDR 1957, 153; PAWLOWSKI JuS 1967, 302 (305); BATSCH NJW 1969, 1743; ders. NJW 1972, 611; BEUTHIEN RdA 1969, 160; GURSKY NJW 1969, 2183; ders. JR 1972, 279; MEDICUS NJW 1970, 665; ders. FamRZ 1971, 250; CANARIS JZ 1971, 560; KELLMANN NJW 1971, 862; KOPPENSTEINER NJW 1971, 1769 (1773 ff.); PINGER MDR 1972, 101; ROTH, Festschrift für G. KÜCHENHOFF S. 371 (380); TEICHMANN JuS 1972, 247; DIEDERICHSEN S. 44 ff. Vgl. ferner BATSCH, Vermögensverschiebung und Bereicherungsherausgabe; KLEINHEYER JZ 1961, 473 zur Eingriffskondition.

Zwei Gründe sind für die aufgetretenen dogmatischen Schwierigkeiten verantwortlich. Der eine Grund ist darin zu sehen, daß nicht-gegenständliche Leistungen nicht in einer Vermögensverschiebung bestehen¹⁾. Sie erschöpfen sich vielmehr wie die Dienst- und Werkleistung in einer Tätigkeit oder wie die Einräumung eines Gebrauchsvorteils in einer Gestattung. Die Regelung des Bereicherungsanspruchs im BGB dagegen ist an der Leistung als Vermögensverschiebung orientiert. Der Anspruch verpflichtet in erster Linie zur "Herausgabe" des Erlangten, § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB. §§ 813 - 815 BGB schließen die "Rückforderung" des Geleisteten in bestimmten Fällen aus. § 818 Abs. 1 BGB erweitert die "Verpflichtung zur Herausgabe", § 818 Abs. 2 BGB wandelt sie in eine Wertersatzpflicht um, wenn die "Herausgabe" nicht möglich ist. § 818 Abs. 3 BGB schließt diese Verpflichtung aus, soweit der Empfänger nicht "mehr" bereichert ist, setzt also voraus, daß ein Vermögenswert in das Vermögen des Bereicherungsschuldners gelangt ist.

Die Folge dieser Orientierung der gesetzlichen Regelung an der Leistung als Vermögensverschiebung ist der dogmatische Grundsatz, daß ein Bereicherungsanspruch nur dann entsteht, wenn der Bereicherungsschuldner einen Vermögensvorteil erlangt hat und wenn dieser Vermögensvorteil sich zur Zeit der Rechtshängigkeit noch in seinem Vermögen auswirkt²⁾. Erkennt man mit der h. M. diesen Grundsatz an, kann man auch im Fall nicht-gegenständlicher Leistungen einen Bereicherungsanspruch nur dann bejahen, wenn man zuvor eine Vermehrung des Schuldnervermögens festgestellt hat. Da nun nicht-gegenständliche Leistungen nicht aus Vermögensverschiebungen bestehen, beginnen hiermit die dogmatischen Schwierigkeiten.

1) JAKOBS S. 156 f.; vgl. KOPPENSTEINER/KRAMER S. 95 ff. zu den entsprechenden Fällen der Eingriffskondiktion.

2) BGH vom 7. 1. 1971 (VII) BGHZ 55, 128 (131) mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung. SOERGEL/MÜHL § 812 Rdnr. 182; STAUDINGER/SEUFERT § 812 Rdnr. 9; BEUTHIEN StukB BGB § 812 Anm. I 3 III 2 b; ERMAN/ H. P. WESTERMANN § 818 Rdnr. 1; ENNECCERUS/ LEHMANN § 221 I 1 S. 847; ESSER II § 105 I 1 a S. 376.

Im Schrifttum sind zwei Wege zur Überwindung dieser Schwierigkeiten eingeschlagen worden.

I. Die nicht-gegenständliche Leistung als Vermögenswert und Anspruchsgegenstand.

Ein Teil der Literatur und im wesentlichen auch die Rechtsprechung erblickt in der Dienst- und Werkleistung oder dem eingeräumten Gebrauchsvorteil selbst einen Vermögenswert, der in das Vermögen des Leistungsempfängers verbracht worden ist und von diesem als das erlangte "etwas" im Sinne von § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB herauszugeben ist¹⁾.

Diese Auffassung scheint dem Gesetzeswortlaut am nächsten zu kommen. Denn § 818 Abs. 2 BGB ordnet Wertersatz für den Fall an, daß die Herausgabe des Erlangten wegen seiner "Beschaffenheit" nicht möglich ist. Wegen ihrer "Beschaffenheit" nicht herausgabefähig sind aber nur nicht-gegenständliche Leistungen. In den Motiven zum BGB ist daher auch die Dienstleistung als Beispiel für ein wegen seiner "Beschaffenheit" nicht herausgabefähiges Erlangtes aufgeführt worden²⁾. Das Gesetz geht daher davon aus, daß Dienstleistungen und andere nicht-gegenständliche Leistungen den Anspruchsgegenstand bilden können.

1) Mit ausführlicher Begründung OSTENDORF, Die Be- und Entreicherung S. 30 ff., insbes. S. 45 ff.; ders. BB 1973, 822; JuS 1974, 447; LIEB, Ehegattenmitarbeit S. 96; ders. NJW 1971, 1291; ferner PAWLOWSKI a. a. O.; BATSCH NJW 1969, 1744; BEUTHIEN a. a. O. S. 165; CANARIS a. a. O. S. 561; PINGER a. a. O. S. 103; DIEDERICHSEN S. 44; REEB S. 11 f. (Nachweise in FN 2 S. 126); ferner BATSCH, Vermögensverschlebung und Bereicherungsherausgabe, S. 91 ff. RG vom 6. 11. 1928 (II) RGZ 122, 229 (232); RG vom 15. 12. 1932 (IV) RG HRR 1933 Nr. 1180; RAG vom 15. 1. 1930 JW 1930, 3009 (3011); BGH vom 30. 6. 1960 (VII) LM Nr. 22 zu § 123 BGB; VGH vom 1. 2. 1962 (VII) BGHZ 36, 321 (323); BGH vom 25. 6. 1962 (VII) BGHZ 37, 258 (264); BGH vom 29. 4. 1968 (VII) BGHZ 50, 90; OLG Hamm vom 28. 1. 1966 NJW 1966, 2357 (2358); LG Lüneburg vom 6. 11. 1969 NJW 1970, 665. Ebenso STAUDINGER/LORENZ (12. Aufl.) § 812 Rdnr. 71; JAUERNIG/SCHLECHTRIEM § 81

2) Motive MUGDAN II S. 467.

Dem genannten Grundsatz, daß Bereicherungsansprüche eine Vermögensvermehrung beim Schuldner voraussetzen, wird diese Auffassung aber nicht gerecht. Denn nicht-gegenständliche Leistungen stellen jedenfalls im Sinn des Bereicherungsrechts keinen Vermögenswert dar¹⁾. Zwar hat man darauf hingewiesen, daß nicht-gegenständliche Leistungen im Wirtschaftsverkehr nur gegen Entgelt zu erhalten seien und sich deshalb als vermögenswerte Güter erwiesen²⁾. Dennoch erfährt das Vermögen desjenigen, der diese Leistungen erhält, keine Vermehrung. Das wird besonders deutlich, wenn man auf diese Fälle die Vorschrift des § 818 Abs. 3 BGB anwenden will, die nach ihrem Wortlaut (nicht mehr bereichert) den Eintritt einer Vermögensvermehrung beim Schuldner voraussetzt. Die Vertreter der geschilderten Auffassung geraten dabei in Schwierigkeiten. Denn entweder wird angenommen, die mit der Leistung erlangte "Vermögensvermehrung" entstehe mit der Inanspruchnahme der Leistung und falle mit ihr sogleich wieder fort³⁾, oder man behauptet, die erlangte "Vermögensvermehrung" könne begrifflich überhaupt nicht wegfallen. Sie sei mit der Leistung endgültig in das Vermögen des Schuldners einverleibt⁴⁾.

-
- 1) Zutreffend JAKOBS S. 36 ff., 163; KRAUTWIG S. 49 ff.; HAINES S. 37 ff.; KELLMANN NJW 1971, 865; ROTH a. a. O. (FN 2 S. 126); WILHELM S. 186 FN 412 a. E.; KOPPEN-STEINER/KRAMER S. 95 ff.
 - 2) LIEB NJW 1971, 1291; REEB S. 12.
 - 3) OLG Hamm a. a. O. (FN 1 S. 128); PAWLOWSKI a. a. O. (FN 2 S. 126); CANARIS a. a. O. (FN 2 S. 126); BATSCHE NJW 1972, 613; DIEDERICHSEN S. 46; ähnlich LIEB NJW 1971, 1292; REEB S. 121, nach deren Auffassung die erlangte Gebrauchsmöglichkeit mit Zeitablauf wegfällt.
 - 4) BATSCHE NJW 1969, 1745; ders. für die Eingriffskondiktion in: Vermögensverschiebung und Bereicherungsherausgabe S. 114; LIEB, Ehegattenmitarbeit S. 97; MEDICUS NJW 1970, 666; OSTENDORF, Die Be- und Entreichung S. 93 ff.; ders. JuS 1974, 448; BEUTHIEN StudK § 818 Anm. 5 b. LIEB und BATSCHE halten ihre Auffassung nicht mehr aufrecht, vgl. die Nachweise in FN 3 oben. Zur Eingriffskondiktion vgl. noch MESTMÄCKER JZ 1958, 521 (524); KLEINHEYER a. a. O. S. 475 und HAAS S. . Dieser Auffassung folgte auch die Vorinstanz zur sog. "Flugreiseentscheidung" des BGH (OLG Nürnberg), vgl. BGHZ 55, 128 (130).

Diese Möglichkeit, zu der Frage der Minderung der Bereicherung entgegengesetzte Standpunkte vertreten zu können, zeigt, wie unhaltbar es ist, in nicht-gegenständlichen Leistungen im Rahmen des Bereicherungsrechts Vermögenswerte zu entdecken. Entsteht und entfällt die Vermögensvermehrung durch die nicht-gegenständliche Leistung mit ihrer Inanspruchnahme, so reduziert sich der Verbleib dieses "Vermögenswertes" im Vermögen des Schuldners auf eine juristische Sekunde und erweist sich als Fiktion¹⁾. Beharrt man dagegen darauf, daß diese "Vermögenswerte" dem Vermögen des Schuldners endgültig einverleibt sind und nicht wegfallen können, sieht man sich gezwungen, an Stelle des § 818 Abs. 3 BGB andere Korrektive zugunsten des gutgläubigen Schuldners einzuführen²⁾. Das bedeutet vom Boden dieser Auffassung aber, daß der Leistungsempfänger entlastet wird, obwohl die Bereicherung in Gestalt des "Vermögenswertes" "nicht-gegenständliche Leistung" fortbestehen soll.

An § 818 Abs. 3 BGB zeigt sich daher, daß die nicht-gegenständliche Leistung selbst nicht als ein Vermögenswert angesehen werden kann, der eine Vermehrung im Vermögen des Schuldners bewirkt.

II. Die Ersparnis notwendiger Ausgaben und der Verwendungerfolg als Gegenstand des Bereicherungsanspruchs.

Aus diesem Grund erblickt eine andere Auffassung nicht in der Leistung, sondern in der eingetretenen Bereicherung den Gegenstand des Bereicherungsanspruchs. Dabei wird die

1) Zutreffend ROTH a. a. O. (FN 2 S. 126) S. 382. Das gilt auch dann, wenn man nicht in dem Gebrauch, sondern mit LIEB und REEB in der Gebrauchsmöglichkeit den erlangten Vermögensvorteil erblickt. Auch wenn man z.B. einen PKW mehrere Tage zur Verfügung hat, erwirbt man die Gebrauchsmöglichkeit erst immer am Tage des Gebrauchs. Die Möglichkeit, den PKW morgen zu gebrauchen, besteht heute noch nicht.

2) Vgl. OSTENDORF S. 126 ff., 134 ff.

Bereicherung des Leistungsempfängers entweder in dem durch die Verwendung der Leistung erzielten Gewinn ("Verwendungserfolg")¹⁾ oder in den infolge der Leistung ersparten anderweitigen Ausgaben gesehen²⁾. Hätte sich daher der Bereicherungsschuldner ohne Empfang der Leistung des Gläubigers anderweitig die gleiche oder eine ähnliche Leistung verschafft, hat er durch die Leistung anderweitige Ausgaben erspart. Diese Ausgabenersparnis wird als Vermögenswert angesehen, der den Gegenstand des Bereicherungsanspruchs bilden soll. Der Vermehrung des Vermögens wird die durch die Leistung verhinderte Verminderung des Vermögens gleichgestellt.

Dieser Auffassung folgen im Ergebnis auch diejenigen Autoren³⁾, die an sich zwar in der erbrachten Leistung selbst das im Sinn des § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB erlangte "etwas" erblicken, die aber aufgrund eines "subjektiven Wertbegriffs"⁴⁾ einen Bereicherungsanspruch nach § 818 Abs. 2 BGB nur insoweit gewähren, als durch die Leistung eine Bereicherung in dem skizzierten Sinn eingetreten ist⁵⁾.

Mit dieser Bestimmung des Gegenstandes des Bereicherungsanspruchs oder seines "subjektiven Wertes" als Verwendungserfolg oder Ausgabenersparnis wird dem erwähnten Erfordernis einer Vermögensvermehrung als Voraussetzung des Bereicherungsanspruchs Rechnung getragen. Dennoch erheben sich Einwände auch gegen diese Auffassung. Ihre

-
- 1) Begriff von WILBURG, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, S. 122.
 - 2) BGH vom 7. 1. 1971 (VII) BGHZ 55, 128 (131); STAUDINGER/SEUFERT § 812 Rdnr. 13 - 13 d; ENNECCERUS/LEHMANN § 221 I 4 S. 876; JAKOBS S. 160 ff.; KELLMANN, Grundsätze der Gewinnhaftung S. 137 f.; ders. NJW 1971, 865.
 - 3) KOPPENSTEINER/KRAMER S. 124 f., 161 ff., 177 f.; BEUTHIEN StudK BGB § 818 Anm. 4 a; ERMAN/H. P. WESTERMANN § 818 Rdnr. 17; CANARIS a. a. O. (FN 2 S. 126) S. 561. für die Eingriffskondiktion auch REEB S. 97 ff.
 - 4) Siehe oben S. 113 ff.
 - 5) Zutreffend JAKOBS S. 41; ROTH a. a. O. (FN 2 S. 126) S. 380.

Schwächen zeigen sich vor allem, wenn der Bereicherungsschuldner beim Empfang der Leistung bösgläubig gewesen ist. Da nach ganz h. M. der bösgläubige Bereicherungsschuldner auch dann einer Haftung auf den Wert der empfangenen Leistung unterliegen soll, wenn sein Vermögen durch die nicht-gegenständliche Leistung nicht vermehrt worden ist¹⁾, kann die Ausgabenersparnis nicht den Gegenstand der Kondiktion bilden. Man muß sich daher in diesen Fällen mit einer Fiktion behelfen. Der bösgläubige Bereicherungsschuldner wird so behandelt, als habe er etwas erspart²⁾.

Außerdem widerspricht diese Auffassung dem Wortlaut des Gesetzes, das in § 818 Abs. 2 BGB den Empfänger einer rechtsgrundlosen nicht-gegenständlichen Leistung zum Wertersatz verpflichtet, und sie wird der dem Bereicherungsrecht innewohnenden Beweislastverteilung nicht gerecht³⁾. Denn es ist nicht Aufgabe des Gläubigers, darzulegen und nachzuweisen, welche Bereicherung dem Schuldner zugute gekommen ist. Vielmehr obliegt es dem Schuldner, sich gegenüber dem Wertersatzanspruch des Gläubigers auf den Fortfall seiner Bereicherung zu berufen. Die Bereicherung, sei es als Verwendungserfolg der Leistung, sei es als Ausgabenersparnis, kann daher nicht den Gegenstand des Bereicherungsanspruchs im Falle nicht-gegenständlicher Leistung bilden.

III. Eigene Stellungnahme.

Wenn man berücksichtigt, daß nicht-gegenständliche Leistungen nicht in einer Vermögensverschiebung bestehen, wird es einsichtig, daß der Bereicherungsanspruch im Fall

1) Vgl. die Nachweise in FN 1 S. 111 und JAKOBS S. 144 ff.; WILHELM S. 180 ff.; a. A. CANARIS a. a. O. (FN 2 S. 126) S. 561; ROTH a. a. O. (FN 2 S. 126) S. 381 f.

2) BGH a. a. O. (FN 2 S. 131); in Anschluß an JAKOBS S. 150 f., 160; KOPPENSTEINER/KRAMER S. 169 f.; PANKOW S. 83 ff.

3) Vgl. dazu oben S. 116 und ROTHOEFT a. a. O. (FN 1 S. 118).

nicht-gegenständlicher Leistungen in seinem Entstehen jedenfalls nicht grundsätzlich und nicht in allen Fällen von einer durch die Leistung bewirkten Vermehrung des Schuldnervermögens abhängig sein kann. Nicht-gegenständliche Leistungen bewirken in den meisten Fällen keine Vermögensvermehrung. Wer eine Theatervorstellung besucht oder durch einen Gärtner seinen Garten umgestalten läßt, wird dadurch nicht die Vermehrung seines Vermögens erreichen. Vielmehr kann die Leistung sogar zu einer Vermögensverminderung führen, etwa wenn der Wert eines Hauses durch einen geschmacklosen Umbau sinkt.

Der Bereicherungsanspruch ist daher in diesen Fällen nicht auf die Abschöpfung einer Vermögensvermehrung ausgerichtet. Das Bereicherungsrecht stellt vielmehr einen außervertraglichen **V e r g ü t u n g s a n s p r u c h** zur Verfügung, der eingreift, wenn eine vertragliche Verpflichtung fehlt oder unwirksam ist. Zu Recht ist daher der Bereicherungsanspruch insoweit als ein Anspruch **q u a s i e x c o n t r a c t u** bezeichnet worden¹⁾.

Dieser Anspruch auf Vergütung der nicht-gegenständlichen Leistung gründet sich auf § 818 Abs. 2 BGB. Diese Bestimmung stellt dem Herausgabeanspruch des § 812 Abs. 1 BGB für die Fälle gegenständlicher Leistungen einen Vergütungsanspruch für die Fälle nicht-gegenständlicher Leistungen zur Seite.

Ursprünglich sind diese beiden Ansprüche im Gesetz auch getrennt geregelt gewesen. Der Vorentwurf zum BGB regelte den Bereicherungsanspruch im Fall nicht-gegenständlicher Leistungen in seinem § 10 als Vergütungsanspruch²⁾:

1) VON CAEMMERER SJZ 1948 Sp. 497 ff. (Sp. 510) = Ges. Schr. II S. 197 ff. (219); ders. a. a. O. (FN 1 S. 109) S. 357 = Ges. Schr. I S. 234 für die vergleichbaren Fälle der Eingriffskondition. Vgl. auch den Vorentwurf zu §§ 10, 11 Abschnitt II Titel 8 I: "Wenn indebite geleistete Dienste (Handlungen) in Frage stehen, so ist eine Restitution in specie oder genere von vornherein ausgeschlossen, es kann sich nur um den Ersatz eines richtig bemessenen Werthes, einer Vergütung, handeln."
2) § 10 Abschnitt II Titel 8 I des 2. Buches.

"Sind Dienste geleistet worden, welche belohnt zu werden pflegen, so kann hierfür eine Vergütung nach dem ordentlichen Werthe derselben zur Zeit der Leistung gefordert werden. Wurde eine Sache zum Gebrauch überlassen, so geht der Anspruch auf Rückgabe des Besitzes und auf eine Vergütung für den Gebrauch nach dessen ordentlichen Werth während der Dauer des Gebrauchs. Der gutgläubige Empfänger haftet jedoch nur bis zu dem Betrage, welchen er, seinem Bedürfnisse entsprechend, durch den Gebrauch oder die Annahme der Dienste erspart hat."

Ähnliche Vorschriften fanden sich in den früheren Landesgesetzen und -entwürfen¹⁾. Die 1. Kommission dagegen glaubte, auf eine besondere Bestimmung verzichten zu können. Im Rahmen der Bestimmung des Haftungsumfangs sollte § 818 Abs. 2 BGB gleiche Dienste tun²⁾.

Zu leisten ist nach § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz für die Leistung, in der Regel das angemessene oder ortsübliche Entgelt³⁾. Eine im unwirksamen Vertrag festgelegte Vergütung bietet dabei einen prima-facie-Beweis für den Wert der Leistung, soweit nicht Anhaltspunkte dafür vorliegen, die an der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung zweifeln lassen⁴⁾.

Gegenüber diesem Wertersatzanspruch des Gläubigers kann sich der gutgläubige Schuldner nach § 818 Abs. 3 BGB darauf berufen, daß er durch die Leistung nicht bereichert worden sei. Soweit ihm hierfür der Beweis gelingt, reduziert sich die Wertersatzverpflichtung. Zwar ist § 818 Abs. 3 BGB nach seinem Wortlaut nur anwendbar, wenn eine bewirkte Vermögensvermehrung sich verringert. Die Vorschrift ist aber in gleicher Weise analog anzuwenden, wenn eine Bereicherung durch die nicht-gegenständliche Leistung von vornherein nicht eingetreten ist⁵⁾. Denn der

1) ABGB § 1431; sächsGB § 1521; hess. Entwurf Art. 658; bayr. Entwurf Art. 922; Dresdner Entwurf Art. 985. Vorbild waren D 12, 6, 26, 12 Ulp. 26 ed.; D 12, 6, 65, 7 Paul. 17 Plaut..

2) Motive MUGDAN II S. 466.

3) BGH a. a. O. (FN 2 S. 131) S. 135 m. w. N.; STAUDINGER/LORENZ (12. Aufl.) § 818 Rdnr. 26.

4) RAG a. a. O. (FN 1 S. 128) S. 3011; PLANCK/LANDOIS § 818 Anm. 4 d; STAUDINGER/LORENZ a. a. O. (oben FN 3).

5) Zutreffend GURSKY NJW 1969, 2184; ders. JR 1972, 282; für eine unmittelbare Anwendung GOETZKE AcP 173 (1973) S. 316; LARENZ, Festschrift für von Caemmerer, S. 224.

zu enge Wortlaut des § 818 Abs. 3 BGB beruht auf der Ausrichtung der gesetzlichen Vorschriften am Fall der Vermögensverschiebung¹⁾. Der Vorentwurf zum BGB berücksichtigte dagegen auch das anfängliche Fehlen der Bereicherung. Aber auch die 1. Kommission ging davon aus, daß im Rahmen des § 818 Abs. 3 BGB auch das anfängliche Fehlen der Bereicherung zu berücksichtigen sei²⁾.

Allerdings wird man dem Bereicherungsschuldner nicht in allen Fällen den Einwand gestatten dürfen, er habe durch die Leistung keine anderweitigen Ausgaben erspart und sei deswegen nicht bereichert. Das gilt vor allem dann, wenn er für die nicht-gegenständliche Leistung eine Vergütung erbringen wollte.

Im amerikanischen Recht wird demjenigen, der sich eine Dienstleistung usw. erbringen läßt, unabhängig von einer "enrichment" eine Vergütungsverpflichtung auferlegt, wenn er die Leistung veranlaßt hatte oder in Empfang nahm, ohne damit rechnen zu können, daß die Leistung unentgeltlich erbracht werden sollte³⁾. Bei einem Dissens über den Preis haftet er zumindest in Höhe der Vergütung, die er für die Leistung vereinbaren wollte⁴⁾.

Diese Gesichtspunkte sind auch im deutschen Recht zu berücksichtigen. So wie bei dem Rückgewähranspruch aus § 812 Abs. 1 BGB sich derjenige, der mit einer Rückgewährpflicht rechnen mußte, nicht auf den Wegfall der Bereicherung berufen kann (§§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1, 820 Abs. 1 BGB)⁵⁾, so steht bei dem Vergütungsanspruch aus § 818 Abs. 2 BGB dieser Einwand demjenigen nicht zu, der mit einer Vergütungspflicht zu rechnen hatte.

1) Siehe oben S. 127 ff.

2) Motive MUGDAN II S. 467: dem Empfänger bleibe der Beweis vorbehalten, "daß eine wirkliche Bereicherung nicht eingetreten oder eine eingetretene wieder weggefallen sei." (Hervorhebung vom Verf.).

3) Siehe oben S. 55 ff.

4) Restatement of Restitution § 155 Ill. 3; siehe oben S. 58.

5) Vgl. MEDICUS § 26 I 1 b bb S. 297 Rdnr. 661.

BYDLINSKI¹⁾ hat zudem zutreffend dargelegt, daß die wesentliche Inanspruchnahme einer rechtsgrundlosen Leistung nur eine Untergruppe der Fälle bildet, in denen der Leistungsempfänger mit einer Vergütungspflicht rechnet. Verweigert man daher mit der h. M. dem Bösgläubigen die Berufung darauf, daß eine Vermögensvermehrung nicht eingetreten sei, muß man ein Gleiches in allen Fällen tun, in denen ein gutgläubiger Leistungsempfänger von einer Vergütungsverpflichtung auszugehen hatte.

Der Grundsatz, daß derjenige, der mit einer Vergütungspflicht rechnen mußte, zur Zahlung einer angemessenen Vergütung verpflichtet ist, hat im deutschen Recht außerdem in § 612 BGB und in § 354 HGB seinen Ausdruck gefunden²⁾. Es ist daher möglich, ihm in rechtsanaloger Anwendung auch im Bereicherungsrecht Geltung zu verschaffen.

Entsprechendes läßt sich auch aus den von FLUME bezüglich des Wegfalls der Bereicherung herausgebildeten Grundsätzen herleiten³⁾. Nach FLUME fällt eine Partei, die mit ihrem Willen einen gegenseitigen Vertrag schließt, die vermögensmäßige Entscheidung, daß sie statt des Vermögenswertes ihrer Gegenleistung die ihr zu erbringende Leistung ihrem Vermögen einverleibe. Diese vermögensmäßige Entscheidung behält nach FLUME ihre Gültigkeit auch dann, wenn der Vertrag nichtig ist⁴⁾, so daß die rechtsgrundlos erbrachte Leistung im Vermögen des Leistungsempfängers an die Stelle seiner Gegenleistung tritt. Daraus ergibt sich, daß der Leistungsempfänger das Risiko des Verlustes dieses Erwerbs ebenso zu tragen hat, wie er das Verlustrisiko hinsichtlich der als Gegenleistung ausersehenen Vermögensbestandteile hätte tragen müssen. FLUME entwickelt daher

1) Festschrift für Wilburg S. 45 (72).

2) Vgl. RG vom 6. 11. 1928 (II) RGZ 122, 229 (232).

3) Festschrift für Niedermeyer S. 103 ff. (151 ff.); ders. NJW 1970, 1161 (1164 ff.). Zur Einschränkung von § 818 Abs. 3 BGB vgl. außerdem WILBURG AcP 163 (1964) S. 346 ff. (356 ff., 371); FLESSNER S. 112 ff.; OSTENDORF S. 117 ff., insbesondere S. 143 ff.

4) Festschrift für Niedermeyer S. 165.

den Grundsatz, daß beim nichtigen gegenseitigen Vertrag ein Verlust des Erwerbes niemals zu einer Minderung der Haftung nach § 818 Abs. 3 BGB unter den Wert der rechtswirksam vereinbarten Gegenleistung führe¹⁾).

Übertragen auf die Fälle nicht-gegenständlicher Leistungen ergeben diese Grundsätze, daß der Leistungsempfänger, der für die Leistung eine Gegenleistung erbringen wollte, an dieser Vermögensentscheidung festzuhalten ist. Hat er die Leistung erhalten, ist er daher zur Vergütung verpflichtet. Auf eine fehlende oder im Wert geringere Ausgabenersparnis kann er sich nicht berufen.

Dagegen ist eine Ausgabenersparnis für die Existenz eines Bereicherungsanspruchs immer dann von Bedeutung, wenn dem Empfänger die Leistung aufgedrängt worden ist, wenn er von der Unentgeltlichkeit der Leistung ausgehen konnte oder wenn ihm die willentliche Vermögensentscheidung, für die Leistung eine Gegenleistung zu erbringen, nicht zuzurechnen ist²⁾).

C. Zusammenfassung.

Der Bereicherungsanspruch in Gestalt der Leistungskondition bezweckt nicht "von vornherein" die Abschöpfung der beim Bereicherungsschuldner durch die Leistung bewirkten abstrakten Vermögensvermehrung. Das Objekt der Herausgabeverpflichtung und damit das erlangte "etwas" im Sinn von § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB wird vielmehr durch den Gegenstand der dem Bereicherungsschuldner erbrachten Leistung bestimmt.

Besteht die Leistung in einer Vermögensverschiebung, wird der Bereicherungsschuldner nach § 812 BGB zur Herausgabe des in sein Vermögen geleisteten Vermögenswertes, z. B. einer Sache, verpflichtet.

1) A. A. O. S. 166 f.

2) Dazu vgl. FLUME a. a. O. (FN 4 S. 136) S. 172 f.

Ist der Bereicherungsschuldner zur Herausgabe des geleisteten Vermögenswertes außerstande, wandelt sich die Herausgabeverpflichtung nach § 818 Abs. 2 BGB um in eine Verpflichtung zum Ersatz des objektiven Wertes des geleisteten Gegenstandes.

Liegt eine Vermögensverschiebung nicht vor, sondern ist dem Schuldner eine Dienst- oder Werkleistung erbracht oder ein Gebrauchsvorteil eingeräumt worden, ist eine Herausgabe des Geleisteten wegen seiner Beschaffenheit nicht möglich. Der Bereicherungsschuldner ist daher von vornherein zum Ersatz des Wertes der Leistung nach § 818 Abs. 2 BGB verpflichtet. Der Wert der Leistung bestimmt sich an Hand der für eine entsprechende Leistung üblichen Vergütung.

Die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung enthalten daher zwei unterschiedliche Ansprüche. Für den Fall der Vermögensverschiebung wird primär eine Herausgabe des geleisteten Gegenstandes angeordnet. Die Verpflichtung zum Wertersatz besteht nur sekundär und setzt voraus, daß eine Herausgabe des Geleisteten (zumindest subjektiv) unmöglich geworden ist.

Liegt eine nicht-gegenständliche Leistung vor, besteht keine Verpflichtung zur Herausgabe des Geleisteten, da eine solche nach der Natur der Leistung ausgeschlossen ist. Vielmehr ist der Bereicherungsschuldner zur Entrichtung einer Vergütung verpflichtet.

Die durch §§ 812, 818 Abs. 2 BGB bestimmte Verpflichtung des Bereicherungsschuldners ist daher je nach Art der Leistung eine Verpflichtung zur Herausgabe oder zur Vergütung des Geleisteten. Sie entspricht insoweit der Verpflichtung, wie sie in § 346 BGB für den Fall des Rücktritts vom Vertrag vorgesehen ist.

Die durch die Leistung bewirkte Vermehrung des Vermögens bleibt bei der Bestimmung des Anspruchsgegenstands außer Betracht. Sie wird erst von Bedeutung, wenn der gutgläubige Schuldner nach § 818 Abs. 3 BGB gegenüber dem Begehren des Gläubigers einwendet, daß eine dem Wert des

Geleisteten entsprechende Mehrung seines Vermögens nicht eingetreten oder nachträglich wieder weggefallen sei.

Ist ein unwirksamer gegenseitiger Vertrag rückabzuwickeln, kann er diese Einwendung allerdings nur beschränkt geltend machen. Da er für den Empfang der Leistung eine Gegenleistung erbringen wollte, wird er an dieser Vermögensentscheidung festgehalten. Die Folge davon ist, daß er zum Wertersatz in Höhe des Wertes seiner Gegenleistung auch dann verpflichtet bleibt, wenn die bewirkte Vermögensvermehrung im Wert geringer ist.

Ist in dieser Weise der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs festgestellt, besteht auch Klarheit über die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast.

Im Fall einer Vermögensverschiebung hat der Bereicherungsgläubiger zur Durchsetzung seines Anspruchs nachzuweisen, daß der Bereicherungsschuldner einen Vermögenswert erhalten hat. Ist der Schuldner zur Herausgabe außerstande, muß der Gläubiger den objektiven Wert des geleisteten Vermögenswertes beweisen.

Hat der Gläubiger eine nicht-gegenständliche Leistung erbracht, obliegt es ihm, die für eine entsprechende Leistung zu erbringende übliche Vergütung darzulegen und zu beweisen.

Dem Schuldner obliegt es dagegen, den Wegfall der Bereicherung nach § 818 Abs. 3 BGB geltend zu machen, wenn ihm ein konkreter Vermögenswert geleistet worden ist. Im Fall einer nicht-gegenständlichen Leistung hat er analog § 818 Abs. 3 BGB nachzuweisen, daß eine Bereicherung nicht eingetreten ist.

Obwohl im Fall der Vermögensverschiebung der Bereicherungsschuldner im Unterschied zum amerikanischen Recht grundsätzlich zur Herausgabe in specie verpflichtet ist, wird man davon ausgehen können, daß in der Zwangsvollstreckung häufig über §§ 283, 249 BGB eine Wertersatzverpflichtung an die Stelle der Herausgabeverpflichtung treten wird. Der Gläubiger wird nur dann die Herausgabe erzwingen, wenn ihm der geldwerte Ausgleich keinen

wirtschaftlich gleichwertigen Ersatz bietet. Im Ergebnis wird sich daher die Abwicklung wenig von der des amerikanischen Rechts unterscheiden.

Fällt der Bereicherungsschuldner in Konkurs, steht dem Bereicherungsgläubiger ein Konkursvorrecht nicht zu. Kann er aber neben dem obligatorischen Vertrag auch das Verfügungsgeschäft anfechten oder ist dieses unwirksam, steht ihm zusätzlich ein dinglicher Anspruch zu, der ein Konkursvorrecht begründet. Die Rechtslage entspricht auch insoweit weitgehend der des amerikanischen Rechts.

Zweiter Abschnitt: Die Gewinnhaftung in den Fällen der Leistungskondition.

Mit der Feststellung, daß die Kondition nicht auf Abschöpfung der sich als abstrakte Vermögensvermehrung darstellenden Bereicherung, sondern auf Rückgewähr des durch die Leistung oder in sonstiger Weise erlangten Gegenstandes oder auf die Entrichtung einer Vergütung für die Erbringung einer nicht-gegenständlichen Leistung gerichtet ist, wird überwiegend die Ablehnung einer bereicherungsrechtlichen Gewinnhaftung verbunden¹⁾. Der Wert der erbrachten Leistung soll die obere Grenze der bereicherungsrechtlichen Haftung bilden. Ein Gewinn sei nicht herauszugeben.

Unter "Gewinn" ist in diesem Zusammenhang der Ertrag zu verstehen, den der Bereicherungsschuldner unter Verwendung (Verkauf, Gebrauch, Vermietung usw.) des geleisteten Gegenstandes erzielt hat²⁾. Das sachliche Problem, um das es geht, wird in der folgenden Frage deutlich: Soll der Bereicherungsschuldner diejenigen Erträge, die er auf Grund eigener Tätigkeit erwirtschaftet, behalten können oder rechtfertigt die Tatsache, daß diese Erträge

1) Siehe die Nachweise in FN 2 S. 109.

2) Zum Begriff "Gewinn" siehe auch oben S. 3 f.

mittels eines einem anderen zugehörigen¹⁾ Rechtsguts erzielt worden sind, die Herausgabe dieser Erträge oder eines Teils von ihnen an den Berechtigten.

Aus dem Gesetzeswortlaut kann die Ablehnung einer Gewinnhaftung aber nicht ohne weiteres hergeleitet werden. Denn die gemäß § 812 BGB auf das Erlangte gerichtete Kondiktion wird nach § 818 Abs. 1 BGB auf die gezogenen Nutzungen und Surrogate erstreckt. Zwar gehört dazu nach dem Wortlaut des § 818 Abs. 1 BGB²⁾ nicht das sog. rechtsgeschäftliche commodum. Zu den herauszugebenden Nutzungen sind aber nach § 99 Abs. 3 BGB die sog. mittelbaren Sach- und Rechtsfrüchte zu zählen, so daß beispielsweise Erträge aus einer Vermietung oder Verpachtung des erlangten Gegenstandes nach dem Wortlaut des § 818 Abs. 1 i. V. m. § 99 Abs. 3 BGB herauszugeben sind. Ferner ist noch genauer zu bestimmen, was unter den Vorteilen, welche der Gebrauch einer Sache oder eines Rechts gewährt (§ 100 BGB), zu verstehen ist, bevor über die Frage der Gewinnhaftung ein abschließendes Urteil gefällt werden kann. Außerdem findet § 816 BGB, nach dem der Nichtberechtigte das aus einer Verfügung Erlangte herauszugeben hat, auch in den Fällen der Leistungskondiktion Anwendung, wenn der Fehler des obligatorischen Geschäfts auch das dingliche Geschäft beeinträchtigt.³⁾

1) Für die Fälle der Leistungskondiktion wird dabei davon abgesehen, daß auf Grund des Abstraktionsgrundsatzes der erlangte Gegenstand in das Eigentum des Leistungsempfängers übergegangen ist. Zutreffend JAKOBS S. 20 FN 16: "Daß der Berechtigte Eigentümer ist, beruht auf dem Abstraktionsprinzip, dessen Sinn sich im Verhältnis des Erwerbers zu Dritten erschöpft; im Verhältnis zum Leistenden muß der sine causa-Berechtigte wie ein Nichteigentümer behandelt werden." Zustimmend WILHELM S. 73.

2) Das zeigt ein Vergleich mit §§ 1418 Abs. 2 Ziff. 3, 1473 Abs. 1, 1638 Abs. 2, 2041 Satz 1, 2111 Abs. 1 Satz 1 BGB.

3) Die Eingriffskondiktion des § 816 BGB ist in diesem

Fall nicht der Leistungskondition subsidiär, selbst wenn man mit der Rechtsprechung von einer Subsidiarität der Bereicherungsansprüche in sonstiger Weise gegenüber der Leistungskondition grundsätzlich ausgeht, vgl. BGH vom 31. 10. 1963 (VII) BGHZ 40, 272 (278); BGH vom 27. 5. 1971 (VII) BGHZ 56, 228 (240). Denn durch Leistung erlangt hat der Nichtberechtigte lediglich den Besitz, die von ihm in Anspruch genommene Verfügungsbefugnis dagegen nur "in sonstiger Weise" aufgrund sachenrechtlicher Verkehrs-schutzregeln, so daß die Konditionstypen jeweils einen anderen Anspruchsgegenstand erfassen und deshalb kein Subsidiaritätsverhältnis entstehen kann; vgl. JAUERNIG/SCHLECHTRIEM § 812 Anm. II 4; WEITNAUER NJW 1974, 1729 (1733). Der Wert des Besitzes, der mit der Leistungskondition nach § 818 Abs. 2 BGB im Fall der Weiterveräußerung verlangt werden kann, entspricht dabei dem Wert des Gegenstandes selbst.

Im übrigen sollte gesehen werden, daß das "Subsidiaritätsprinzip" lediglich verhindern soll, in Drei- und Mehr-Personen-Verhältnissen die Wirkung der sachenrechtlichen Verkehrsschutzregeln (z.B. § 932 BGB) durch Rückgriff auf bereicherungsrechtliche Ansprüche zu unterlaufen, die Eingriffskondition deshalb nur dann ausscheidet und damit einer (gegen einen Dritten) bestehenden Leistungskondition subsidiär ist, wenn es nach der den Verkehrsschutzregeln zugrundeliegenden Interessenwertung erforderlich ist, JAUERNIG/SCHLECHTRIEM a. a. O. mit w. N. In Zwei-Personen-Verhältnissen eine Subsidiarität einzelner auf denselben Anspruchsgegenstand ausgerichteter Konditionstypen zueinander zu erörtern, verbietet sich dagegen schon deshalb, weil in Wirklichkeit nur ein Bereicherungsanspruch besteht, der je nach Sachlage als Leistungs-, Eingriffskondition u.s.w. typisiert werden kann.

A. Die Rechtsprechung zum Recht der ungerechtfertigten Bereicherung.

I. Die Herausgabe des durch den Verkauf des geleisteten Gegenstandes erzielten Erlöses.

Der am häufigsten erörterte Fall einer Gewinnerzielung ereignet sich, wenn der Leistungsempfänger den erlangten Gegenstand an einen Dritten veräußert. In diesem Fall kann der Bereicherungsschuldner einen Gewinn erhalten, wenn der geleistete Gegenstand in der Zwischenzeit in seinem Wert gestiegen ist oder wenn es dem Bereicherungsschuldner gelingt, den geleisteten Gegenstand zu einem Preis zu veräußern, der über dem Marktpreis des Gegenstandes liegt¹⁾. Letzterer Fall kann seine Ursache allein in einem glücklichen Umstand finden oder aber in der wirtschaftlichen Tätigkeit des Bereicherungsschuldners, indem er z.B. den erlangten Gegenstand auf einem Markt verkauft, der dem Leistenden nicht zugänglich ist²⁾.

1. § 818 Abs. 1 BGB.

Nach § 818 Abs. 1 BGB erstreckt sich die Verpflichtung zur Herausgabe auch auf die gezogenen Nutzungen sowie auf dasjenige, was der Leistungsempfänger auf Grund eines erlangten Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erwirbt. Im 1. Entwurf zum BGB war noch eine allgemeiner gehaltene Vorschrift enthalten, wonach sich die Verbindlichkeit auch auf dasjenige erstreckte, was der Empfänger aus dem Geleisteten erworben hat³⁾. Hinsichtlich der Frage, ob zu dem aus dem Geleisteten Erworbenen auch der

1) An sich erhält der Veräußerer auch dann einen Gewinn, wenn er eine unter dem Marktpreis erworbene Sache zum Marktpreis veräußert. Diesen Gewinn hat er aber schon als Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB herauszugeben. Problematisch sind daher nur diejenigen Fälle, in denen über dem Marktpreis verkauft worden ist.

2) Vor allem bei verschiedenen Handelsstufen.

3) § 740 Abs. 1 BGBE I.

rechtsgeschäftliche Erwerb gehört, vertraute die 1. Kommission auf eine richtige Abgrenzung durch Wissenschaft und Praxis¹⁾. Die 2. Kommission entschied sich dagegen für die Gesetz gewordene Fassung, um "zu deutlicherem Ausdrucke zu bringen", daß sich die Verbindlichkeit nicht auf das rechtsgeschäftliche commodum erstrecke. Vielmehr sollte der Bereicherungsschuldner nur zum Ersatz des Wertes des veräußerten Gegenstandes verpflichtet sein²⁾. Der durch eine Veräußerung des erlangten Gegenstandes erzielte Veräußerungsgewinn sollte nach dem Willen der Gesetzesverfasser somit dem Bereicherungsschuldner verbleiben.

Das Reichsgericht ging in einer frühen Entscheidung³⁾ von einer Berücksichtigung eines Veräußerungsgewinns bei der Feststellung des Umfangs des Bereicherungsanspruchs aus:

Die Parteien hatten auf Grund eines nichtigen Tauschvertrages Grundstücke getauscht. Dabei waren die vom Kläger veräußerten Grundstücke mit einer Gesamtfläche von ca. 41 Morgen mit 102 500 M, die vom Beklagten veräußerten Grundstücke mit 40 000 M bewertet worden. Der Wertunterschied von 62 500 M wurde von dem Beklagten später an den Kläger gezahlt.

Der Kläger verlangt von dem Beklagten Zahlung von 108 000 M, die er als Differenz des nun mit 170 500 M bezifferten Wertes der von ihm geleisteten Grundstücke und der gezahlten 62 500 M errechnet. Der Beklagte wendet dagegen ein, daß er die vom Kläger in Tausch gegebenen Grundstücke zusammen mit anderen ihm gehörenden Grundstücken, insgesamt 1190 Morgen, für einen Preis von 900 M pro Morgen veräußert habe. Da er für die vom Kläger geleisteten Grundstücke nur 38 000 M erläßt, aber 62 500 M an den Kläger gezahlt habe, sei er nicht mehr bereichert. Beide Vorinstanzen haben daraufhin die Klage abgewiesen.

Auf die Revision des Klägers hin hob das Reichsgericht das Urteil des Berufungsgerichts auf. Es führte aus, daß man sich nicht auf den bloß fiktiven Standpunkt stellen können, als habe der Beklagte nicht mehr als die vom Kläger empfangenen 41 Morgen zum Preis von 900 M pro Morgen verkauft. Vielmehr sei zu prüfen, ob nicht gerade die Verbindung der 41 Morgen mit dem anderen Grundstückskomplex dem Beklagten eine besonders vorteilhafte

1) Motive MUGDAN II S. 468.

2) Protokolle MUGDAN II S. 1185.

3) RG vom 6. 3. 1911 (IV) RGZ 75, 361.

Verwertung der gesamten verkauften Fläche ermöglicht habe und welcher Anteil des Gesamterlöses hiernach auf die streitigen 41 Morgen entfallen sei. Dafür sei eine Feststellung des objektiven Verkehrswertes sowohl der vom Kläger eingetauschten als auch der übrigen mitverkauften Grundstücke erforderlich.

Das Reichsgericht ging bei seinen Ausführungen davon aus, daß der gesamte Anteil am Verkaufserlös, der nach dieser Berechnung auf die vom Kläger empfangenen Grundstücke entfiel, die herauszugebende Bereicherung bildete, auch soweit der Erlös den Verkehrswert der Grundstücke überstieg. Das ergibt sich zum einen aus sich auf die sog. Saldotheorie beziehenden Ausführungen zu der Frage, ob und inwieweit der Empfänger einer Leistung im Sinne von § 818 Abs. 3 BGB noch bereichert sei. Nach Auffassung des RG entscheidet sich diese Frage nach dem Ergebnis einer Vergleichung des Vermögensstandes des Herausgabepflichtigen zur Zeit des Empfangs der Leistung und zu einem späteren Zeitpunkt, regelmäßig dem der Rechtshängigkeit (§ 818 Abs. 4 BGB). Dabei sei nicht sowohl auf den Stand des ganzen Vermögens zu sehen, als vielmehr auf diejenigen Vermögensteile, welche Gegenstand der Leistung gewesen seien. Seien sie nicht mehr vorhanden, so träten nach § 818 Abs. 1 BGB an ihre Stelle die Werte, die infolge vorgenommener Umsatze - s c h ä f t e e r l ö s t oder aus sonstigen Gründen Surrogate der ursprünglichen Leistung geworden seien, wobei wiederum der wirtschaftliche Gesamterfolg aller in diesen Rahmen fallenden Vermögensveränderungen in Betracht käme 1).

Zum anderen sieht das RG in einer seine Auffassung erläuternden Beispielsrechnung, die bei einem angenommenen Verkehrswert der im Streit befindlichen Grundstücke von 102 500 M einen Verkaufserlös von 121 600 M ergibt, den gesamten Verkaufserlös als herauszugebende Bereicherung des Beklagten an 2).

In späteren Entscheidungen hat das Reichsgericht noch zweimal den Verkaufserlös als Surrogat im Sinn von § 818 Abs. 1 BGB bezeichnet. In der einen Entscheidung³⁾ lehnte das Reichsgericht die Anwendung des § 818 Abs. 1 BGB ab, da der Bereicherungsschuldner nur den mittelbaren Besitz an veräußerten Wertpapieren innegehabt hatte. Der Veräußerungserlös sei nicht Surrogat des Besitzes, sondern

1) A. a. O. S. 362.

2) A. a. O. S. 363.

3) RG vom 9. 2. 1920 (IV) RGZ 98, 130 (135). Vgl. auch OLG Augsburg vom 15. 11. 1924 BayZ 1925, 262.

des Rechts an den Wertpapieren. Die andere Entscheidung betraf einen Fall der Versteigerung schuldnerfremder Sachen. Der die Versteigerung betreibende Gläubiger hatte versteigerte Maschinen, die der Klägerin gehörten und die nach ihren Angaben einen Wert von 13 942 RM besaßen, für 1 100 RM ersteigert und für 1721 RM weiterveräußert. Die Klägerin konnte nach § 812 den Versteigerungserlös und nach § 852 Abs. 2 i. V. m. § 818 Abs. 1 BGB den den Versteigerungserlös übersteigenden Kaufpreis verlangen¹⁾. In den übrigen Entscheidungen ging es in ständiger Rechtsprechung davon aus, daß der Erlös aus einem Verkauf des Geleisteten weder Nutzen²⁾ noch Surrogat im Sinn des § 818 Abs. 1 BGB sei. Der Leistende bleibe daher auf einen Wertersatzanspruch nach § 818 Abs. 2 BGB verwiesen³⁾. Diese Rechtsprechung entsprach der ganz herrschenden Auffassung in der Literatur⁴⁾.

Erstmals wurde diese Auffassung in einem Urteil vom 24. 3. 1915 vertreten⁵⁾:

Der geschäftsunfähige Kläger hatte vom Beklagten ein Grundstück gekauft und dafür eine Anzahlung in Höhe von 17 000 M geleistet. Das Grundstück ist von dem Beklagten an einen Dritten übereignet worden, an den es der Kläger weiterverkauft hatte. Auf die Klage des Klägers auf Rückzahlung des angezahlten Betrages berechnete das Berufungsgericht die Bereicherung des Beklagten wie folgt: Dem vom Kläger behaupteten Wert des vom Beklagten geleisteten Grundstücks

1) RG vom 21. 1. 1938 (VII) RGZ 156, 395 (400).

2) RG vom 9. 1. 1915 (V) JW 1915, 324.

3) RG vom 24. 3. 1915 (V) RGZ 86, 343 (347); RG vom 16. 2. 1921 (V) RGZ 101, 389 (391); RG vom 12. 3. 1924 (I) RGZ 108, 120 (121); RG vom 8. 4. 1925 (V) RG HRR 1925 Nr. 851; RG vom 16. 2. 1927 (V) RG JW 1927, 1364 (1365); RG vom 8. 6. 1931 (IV) RG HRR 1931 Nr. 1752; ebenso OLG München vom 16. 5. 1925 BayZ 1925, 262.

4) CROME II § 323 II 1 c FN 37 S. 1008; ENDEMANN § 198, 4 FN 56 S. 1247; COSACK/MITTEIS I § 234 I 1 a S. 808; ENNECCERUS § 447 I 3 S. 651; HECK § 143, 4 S. 430; KRESS I § 17, 3 b S. 370; LEONHARD II § 281 S. 531; SIBER II § 75, 1 c S. 443; HEDEMANN § 61 VI 3 b S. 339; PLANCK/LANDOIS § 818 Anm. 2 b; OERTMANN § 818 Anm. 2 d; a. A. SCHULZ AcP 105 (1909) S. 1 ff. (339, 343); FISCHER, Festschrift für Zitelmann S. 32.

5) RG (V) RGZ 86, 343.

in Höhe von 70 000 M stünden Vorteile des Beklagten in Höhe von 69 000 M gegenüber, die sich aus der vom Kläger erlangten Anzahlung und der von den Dritterwerbern übernommenen Hypothek des Beklagten zusammensetzten. Zusätzlich stünde dem Beklagten auf Grund der Nichtigkeit des Kaufvertrages der Parteien und des Kaufvertrages zwischen dem Kläger und den Dritterwerbern gegen diese ein Bereicherungsanspruch zu. Da die Dritterwerber für das Grundstück 52 000 M bezahlt hätten, aber in einer Wertveräußerung nach Aufwendung von nur 4 000 M insgesamt 74 500 M erlöst hätten, seien sie um 18 500 M bereichert. Daher sei auch der Beklagte, der diese Summe herausverlangen könne, noch bereichert, so daß der Anspruch dem Grunde nach gerechtfertigt sei.

Das Reichsgericht hob die Entscheidung auf und wies die Sache an das Berufungsgericht zurück. Maßgebend für die Entscheidung war, daß das Reichsgericht einen Bereicherungsanspruch gegen einen Dritten nicht als genügenden Ausgleich für das geleistete Grundstück ansah, da er weder seiner rechtlichen Natur noch seiner wirtschaftlichen Bedeutung nach dem Eigentum an einem Grundstück gleichstehe. Der Bereicherungsanspruch sei vielmehr in der Art vorzunehmen, daß der Beklagte den Bereicherungsanspruch gegen den Dritterwerber an den Kläger abtrete.

Außerdem wies das RG darauf hin, daß die Annahme des Berufungsgerichts, der Bereicherungsanspruch gegen den Dritterwerber erstrecke sich auch auf dasjenige, was dieser durch die Veräußerung über den Wert des Grundstücks hinaus erlangt habe, rechtsirrig sei. § 818 Abs. 1 BGB erstrecke sich nicht auf das durch ein besonderes Rechtsgeschäft Erworbene. Im Fall der Weiterveräußerung des Geleisteten durch den Empfänger könne daher lediglich auf Grund von § 818 Abs. 2 BGB Ersatz des Wertes verlangt werden.

In der Entscheidung vom 16. 2. 1921¹⁾ wurde diese Auffassung bestätigt:

Der Kläger hatte vom Beklagten ein landwirtschaftliches Gut gekauft. Wegen arglistiger Täuschung focht er den Vertrag an und klagte auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 200 000 RM Zug um Zug gegen Rücknahme des Gutes. Während des Rechtsstreits veräußerte er das Gut an einen Dritten und beantragte nunmehr, den Beklagten zur Zahlung von 10 000 RM zu verurteilen.

Der Beklagte wandte dagegen ein, er sei durch den unbefugten Verkauf des Gutes durch den Kläger um mindestens 100 000 RM geschädigt worden. Der Kläger könne deshalb nichts mehr von ihm fordern.

1) RG (V) RGZ 101, 389.

Beide Vorinstanzen wiesen die Klage ab.

Das Reichsgericht hob das Berufungsurteil auf. Es verneinte zwar einen Schadensersatzanspruch des Beklagten wegen des Verkaufs des Gutes durch den Kläger, bejahte aber die Voraussetzungen eines Wertersatzanspruchs nach § 818 Abs. 2 BGB. Dieser Wertersatzanspruch bemesse sich nach dem Wert, den das Gut zum Zeitpunkt der Übergabe an den Kläger gehabt habe.

Dagegen verneinte das RG einen Anspruch auf den Gewinn, den der Kläger durch die Weiterveräußerung erworben hatte, da sich § 818 Abs. 1 BGB nicht auf den durch die Weiterveräußerung erlangten Kaufpreis erstrecke.

Zur Prüfung der Ansprüche des Klägers unter Berücksichtigung dieses Wertersatzanspruchs des Beklagten verwies das RG die Sache zurück.

Der Entscheidung vom 8. 6. 1931¹⁾ lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Parteien waren Eheleute. Die beklagte Ehefrau kaufte ein Grundstück für 8 500 RM. Von dem Kaufpreis wurden 5 000 RM durch Einräumung einer Restkaufgeldhypothek, 3 500 RM durch Barzahlung beglichen. Letzteren Betrag erhielt die Beklagte vom Kläger gegen ihre Zusage, zu dem Kläger, den sie schon mehrmals verlassen hatte, zurückzukehren. Das Grundstück wurde auf den Namen der Beklagten eingetragen. Als die Beklagte den Kläger erneut verließ, klagte dieser auf Eintragung des Grundstücks auf seinen Namen. Das OLG hatte die Klage abgewiesen. Die Revision blieb ohne Erfolg.

Das Reichsgericht bejahte die Voraussetzungen einer *condictio ob causam datorum* (§ 812 Abs. 1 Satz 2 2. Halbs. BGB). Der Kläger könne aber nur die Erstattung der für die Beklagten geleisteten Zahlungen verlangen, nicht aber das mit dem Geld erworbene Grundstück. Auf eine mit dem Erlangten durch Rechtsgeschäft erworbene Sache erstrecke sich die Verpflichtung zur Herausgabe der Bereicherung grundsätzlich nicht. § 818 Abs. 1 BGB greife nach seinem Wortlaut nicht ein.

In allen Entscheidungen berief sich das Reichsgericht zur Begründung auf den Wortlaut des § 818 Abs. 1 BGB, der die rechtsgeschäftlich erlangten Surrogate nicht mit in den Bereicherungsausgleich einbeziehe.

Der Bundesgerichtshof hat bislang nur einmal in einem *obiter dictum* Stellung genommen und sich der

1) RG (IV) HRR 1931 Nr. 1752.

Auffassung des Reichsgerichts angeschlossen¹⁾:

In der Entscheidung ging es um die Frage, ob dem Kläger, einem Kommanditisten einer durch Umwandlung aus einer AG entstandenen Kommanditgesellschaft, das Stimmrecht an seinem gesamten Kommanditanteil zustehe, wenn ein Teil der Beteiligung des Klägers an der AG einer Verwaltungstestamentsvollstreckung unterlag. Der BGH ging davon aus, daß der Kläger bei der Umwandlung einen einheitlichen Gesellschaftsanteil erhalten habe, der keinen Beschränkungen durch die Testamentsvollstreckung unterliege. Er sprach aber dem widerklagenden Testamentsvollstrecker aus § 812 BGB einen Anspruch auf Wiederherstellung seines Verwaltungsrechts zu. Diesen Anspruch ließ er auch nicht daran scheitern, daß die der Testamentsvollstreckung unterliegenden Aktien nicht mehr vorhanden waren. Er bestätigte in diesem Zusammenhang, daß nach § 812 BGB der Bereicherungsschuldner nicht dasjenige herauszugeben habe, was er durch besonderen Vertrag an Stelle des Erlangten eintausche, sondern daß er in einem solchen Fall nur den Wert des erlangten Gegenstandes zu ersetzen brauche. Die Umwandlung einer AG in eine KG sei aber einem Rechtsgeschäft jener Art nicht gleichartig, da die Mitgliedschaftsrechte unter Wahrung ihrer Identität nur eine Änderung ihrer rechtlichen Form erführen.

Es kann daher von einer ständigen Rechtsprechung ausgegangen werden, die eine Verpflichtung zur Herausgabe des rechtsgeschäftlichen commodums verneint, weil es nach dem Wortlaut des § 818 Abs. 1 BGB nicht in die Haftung einbezogen worden ist. Der Leistungsempfänger, der durch den Verkauf des geleisteten Gegenstandes einen Erlös erzielt, der den Wert des Geleisteten übersteigt, ist daher nicht zur Herausgabe dieses Gewinns verpflichtet.

Die Rechtsprechung befindet sich in Einklang mit der in der Literatur überwiegend vertretenen Auffassung²⁾. Zugleich zeigen die Entscheidungen aber auch, welche geringe

1) BGH vom 11. 4. 1957 (II) BGHZ 24, 106.

2) SOERGEL/MÜHL § 818 Rdnr. 10; STAUDINGER/SEUFERT § 818 Rdnr. 14; BGB-RGRK - HEIMANN-TROSIEN § 818 Rdnr. 12; BEUTHIEN StudK BGB § 818 Anm. 3 a; ERMANN/H. P. WESTERMANN § 818 Rdnr. 14; PALANDT/THOMAS § 818 Anm. 4 a; LARENZ § 70 I S. 509; FIKENTSCHER § 100 IV, V S. 608 f.; a. A. ESSER II § 105 I 1 b S. 377; LANGE NJW 1951, 687.

Bedeutung der Frage einer Gewinnhaftung nach § 818 Abs. 1 BGB bisher in der Praxis zugekommen ist.

2. § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB

Um die Feststellung treffen zu können, daß der Leistungsempfänger einen den Wert des geleisteten Gegenstandes übersteigenden Veräußerungsgewinn nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung nicht an den Leistenden herauszugeben hat, bedarf es noch der Prüfung des § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB. Diese Vorschrift ist nicht nur als ein Fall der Eingriffskondiktion von Bedeutung, sondern findet auch in Leistungsverhältnissen Anwendung, wenn nicht nur der obligatorische Vertrag, sondern auch die Über-eignung unwirksam ist oder der Anfechtung unterliegt. Regelmäßig ist das der Fall bei mangelnder Geschäftsfähigkeit eines Vertragspartners, in Fällen arglistiger Täuschung, rechtswidriger Drohung oder in Fällen von Wucher. Aber auch im Fall eines Irrtums kann das dingliche Geschäft fehlerhaft sein¹⁾.

Nach dem Wortlaut des § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB ist der Nichtberechtigte, der über einen Gegenstand eine dem Berechtigten gegenüber wirksame Verfügung trifft, zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet. Bei unbefangener Interpretation des Wortlauts der Vorschrift wird man im Fall einer Veräußerung des Gegenstandes den Veräußerungserlös als das durch die Verfügung Erlangte ansehen müssen.

Eine solche Vorschrift, die bei nichtberechtigter Veräußerung fremder Gegenstände den erlangten Erlös dem Berechtigten zuweist, ist zunächst einleuchtend. Sie findet sich nicht nur - überkommen aus dem römischen Recht²⁾ - im deutschen Recht. Auch das amerikanische Recht kennt einen entsprechenden Grundsatz³⁾. Der Berechtigte

1) WOLFF/RAISER § 38 FN 11 S. 119; WESTERMANN § 4 IV S. 25; FLUME, Allg. Teil § 24, 4 S. 489.

2) Vgl. VON LÜBTOW S. 74 f.

3) Siehe oben S. 64 f.; für andere Rechtsordnungen vgl. RAISER, RvHwb Bd. 2 "Eigentum" S. 772 ff. (793).

kann, statt Schadensersatz zu verlangen, auf den Deliktanspruch verzichten, den Verkauf als Geschäft auf seine Rechnung genehmigen ("to waive the tort") und mit der "action for money had and received" den Verkaufserlös herausverlangen.

Rechtfertigen läßt sich diese Regelung durch zwei Erwägungen: Man kann sich darauf berufen, daß der Veräußerungserlös an die Stelle des erlangten Gegenstandes im Vermögen des Schuldners getreten ist. Er ist Surrogat des Veräußerten¹⁾ und repräsentiert somit den herauszugebenden Gegenstand im Vermögen des Schuldners. Der Vermögenswert, um den es dem Gläubiger letztlich geht, bleibt im Vermögen des Schuldners erhalten. Nur sein Substrat hat sich gewandelt.

Auf anderen Erwägungen beruht die Regelung im amerikanischen Recht²⁾. Der Nichtberechtigte hat mit der Veräußerung ein Geschäft getätigt, dessen Vornahme allein dem Berechtigten zustand und in vielen Fällen auch von ihm beabsichtigt gewesen sein dürfte. Was liegt also näher, als dem Berechtigten nachträglich die Möglichkeit zu geben, die Veräußerung als für seine Rechnung erfolgt anzuerkennen und den Nichtberechtigten so zu behandeln, als wäre er rechtmäßig im Namen des Berechtigten tätig geworden?

So einleuchtend und sachlich zutreffend daher die Regelung des § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB auch erscheint, bei einer differenzierteren Betrachtungsweise bleibt sie nicht ohne Probleme. Die hinlänglich bekannten Schwierigkeiten ergeben sich, wenn der Veräußerer auf Grund von seiner Sphäre zuzurechnenden Umständen³⁾ einen über dem

1) Vgl. VON CAEMMERER, Festschrift für Lewald S. 443 ff. (446) = Ges. Schr. I S. 279 ff. (283); SOERGEL/MÜHL § 816 Rdnr. 1; LOPAU S. 14 ff.

2) Siehe oben S. 64 f.; VON CAEMMERER, Festschrift für Rabel S. 333 ff. (391 ff.) = Ges. Schr. I S. 209 ff. (268 ff.); STOLL S. 123.

3) Z. B. gute Vertriebsorganisation, besonderer "good will" des Unternehmens, Werbung etc.

üblichen Preis und damit über dem Wert des Gegenstandes liegenden Erlös erzielt. Daß dieser Mehrerlös "aus der Sache" erlangt und damit Surrogat derselben ist, läßt sich schwerlich behaupten¹⁾. Ebensowenig erscheint es gefordert, einen Verkauf dem Berechtigten als ein eigenes in seinem Namen getätigtes Geschäft zuzusprechen, wenn er selbst einen entsprechenden Verkaufserlös nicht hätte erzielen können²⁾.

In der Literatur ist es daher umstritten, ob die Pflicht zur Herausgabe des Erlöses durch den Wert des Verfügungserlöses begrenzt werden sollte³⁾.

Für das Reichsgericht stellte sich diese Frage zum ersten Mal in einer Entscheidung, die noch zum gemeinen Recht erging⁴⁾.

Der geisteskranke Erblasser der klägerischen Partei hatte an den Beklagten ein Grundstück für 35 000 M veräußert. Der Beklagte hatte das Grundstück einige Monate später für 38 000 M weiterveräußert. Mit der Klage begehrt die

1) A. A. LOPAU S. 21 ff., der aber schließlich die Gewinnhaftung nur mit dem Wortlaut des § 816 BGB und der Rechtswidrigkeit der Verfügung begründet, S. 23.

2) Vgl. SIBER II § 75, 1 b S. 443.

3) Dafür: VON CAEMMERER a. a. O. (FN 1 S. 150) S. 447 = Ges. Schr. I S. 284; ders. a. a. O. (FN 2 S. 150) S. 357 = Ges. Schr. I S. 233; ders. JR 1959, 462 ff.; SOERGEL/MÜHL § 816 Rdnr. 12; BEUTHIEN StudK § 816 Anm. I 2 d; KOHLER II 1, Teil IV, Abschnitt I 2 a II S. 462; HECK § 142.7 S. 426; SIBER a. a. O. (oben FN 2) FN 26; LARENZ § 69 IV a S. 502; ders. Festschrift für von Caemmerer S. 213; MEDICUS § 28 IV 2 d Rdnr. 723; FIKENTSCHER § 99 IV 2 a B S. 595; ferner STIEVE S. 81 ff.; VON MAYR S. 615; KLUCKHOHN ArchBürgR 41 (1915) S. 171 ff.; RÖMER AcP 119 (1920) S. 354; JUNG, RG-Festschrift III S. 143 ff. (154 ff.); KUNKEL JW 1933, 43; WILBURG a. a. O. (FN 1 S. 131) S. 132 f.; VON LÜBTOW S. 29. Dagegen: PLANCK/LANDOIS § 816 Anm. IV; OERTMANN § 816 Anm. 1; STAUDINGER/LORENZ § 816 Rdnr. 12; BGB-GRK - HEIMANN-TROSTEN § 816 Rdnr. 12 (anders in der Voraufgabe SCHEFFLER § 816 Anm. 19); ERMANN/H. P. WESTERMANN § 816 Rdnr. 20; PALANDT/THOMAS § 816 Anm. 5 b; ESSER II § 104 II 1 b S. 368 ff.; WESTERMANN § 31 IV 3 b S. 146; KOPPENSTEINER/KRAMER S. 130 f.; REEB S. 76 ff., 100; ferner SCHULER NJW 1962, 1842; JAKOBS S. 17 ff.; LOPAU S. 23 f.; WILHELM S. 57 ff.; WEITNAUER NJW 1974, 1729 (1733).

4) RG vom 18. 11. 1889 (IV) RGZ 25, 130.

Kläger die Auskehrung der Differenz von 3 000 M unter Abzug der auf 400 M geschätzten Kosten, die dem Beklagten durch den Ankauf des Grundstücks entstanden waren.

Das Berufungsgericht hatte die Klage abgewiesen, da die Kläger nicht bewiesen hätten, daß das Grundstück zur Zeit der Weiterveräußerung mehr als 35 000 M wert gewesen sei.

Demgegenüber entnahm das RG dem gemeinen Recht eine Verpflichtung des Beklagten nicht nur auf Ersatz des Wertes des veräußerten Grundstücks, sondern auch des gesamten Verkaufserlöses. Das in den Quellen verwendete Wort "pretium" war nach Auffassung des Reichsgerichts nicht mit "Wert", sondern mit "Kaufpreis" zu übersetzen.

Allerdings empfand das RG eine solche Haftung auf den gesamten Veräußerungserlös ohne Rücksicht auf den Wert der empfangenen Sache als offenbare Unbilligkeit. Es fehle an jedem inneren Grund, dem Kläger mehr zuzugestehen als einen Anspruch auf den Wert des Grundstücks zur Zeit des Verkaufs. Dieser Anspruch rechtfertige sich durch die Betrachtung, daß insoweit der Besitzer als grundlos bereichert erscheine; aber mehr als dieser Wert sei ja aus dem Vermögen des letzteren nicht herausgegangen.

Das RG ging davon aus, daß die Herausgabe des Kaufpreises in den Quellen wohl auch nur deswegen angeordnet sei, weil in den meisten Fällen der Kaufpreis dem Wert der Sache entspräche. Es sah sich daher für den vorliegenden Ausnahmefall nicht gehindert, dem Beklagten als Einrede die Behauptung zu gestatten, daß der Wert der Sache geringer als der Kaufpreis gewesen sei.

Nach dieser Rechtsprechung des Reichsgerichts zum gemeinen Recht hatte somit der verfügende Nichtberechtigte nicht den gesamten Veräußerungserlös, sondern grundsätzlich nur den Wert des veräußerten Gegenstandes zur Zeit des Verkaufs zu ersetzen. Allerdings wurde vermutet, daß der Kaufpreis dem Wert des Veräußerten entsprach. Es oblag dem Nichtberechtigten, diese Vermutung zu entkräften.

Nach Inkrafttreten des BGB, dessen § 816 Abs. 1 Satz 1 der Regelung des gemeinen Rechts entsprach, trat eine Änderung in der Rechtsprechung des Reichsgerichts ein, die allenthalben dahin verstanden worden ist, daß das Reichsgericht nunmehr die Haftung des Nichtberechtigten auf den gesamten Veräußerungserlös bejahte. Bemerkenswert ist allerdings, auf welche Weise diese Auffassung Eingang in die Rechtsprechung gefunden hat.

Die erste Entscheidung, die auf einen Wandel der Rechtsprechung schließen läßt, ist die Entscheidung vom 28. 6. 1910¹⁾.

Die klagende Fleischerinnung hatte an den Beklagten, einem Gesellschafter einer Kunst- und Antiquitätenhandels-gesellschaft, einen silbernen Trinkbecher aus dem 17. Jhdt., der einen erheblichen Kunstwert besaß, für den Preis von 15 000 M und gegen die Verpflichtung, eine genaue Nachbildung zu liefern, veräußert. Der Becher ist von dem Beklagten für 50 000 M weiterveräußert worden.

Da eine notwendige behördliche Genehmigung des Verkaufs fehlte, begehrte die Klägerin, den Beklagten zur Herausgabe oder Wiederbeschaffung des Bechers, hilfsweise zur Herausgabe des erzielten Erlöses gegen Abzug von 15 000 M und Rückgabe der Nachbildung zu verurteilen.

Das Reichsgericht gab der Klage auf den Veräußerungserlös statt.

Ob allerdings dieser Entscheidung zu entnehmen ist, daß das Reichsgericht die Herausgabepflicht nach § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB auch auf einen den Wert des Bechers übersteigenden Mehrerlös gestatten wollte, muß bezweifelt werden. Das RG hat zu dieser Frage nicht ausdrücklich Stellung genommen, über sie wurde auch nicht gestritten. Daß der zwischen der Klägerin und dem Beklagten vereinbarte Kaufpreis nicht dem wahren Wert des Bechers entsprach, wird schon aus dem erheblichen Unterschied zwischen Kaufpreis und erzieltm Erlös aus der Weiterveräußerung, sowie aus der Übernahme der Nebenverpflichtung durch den Beklagten deutlich.

Erstmals ausdrücklich abgewichen von der Entscheidung im 25. Band ist das Reichsgericht dagegen in einer Entscheidung vom 28. 6. 1916²⁾.

Bei einer Zwangsversteigerung eines Grundstücks, auf dem eine Säge- und Mahlmühle betrieben wurde, ist eine Turbinenanlage mitversteigert worden, die die Klägerin gegen Zahlung eines Kaufpreises von 12 418, 35 M unter Eigentumsvorbehalt geliefert hatte. Von diesem Kaufpreis waren 10 648, 37 M noch nicht beglichen. Die Versteigerung des Grundstücks erbrachte 75 000 M. Die

1) RG (VII) JW 1910, 810.

2) RG (V) RGZ 88, 351.

Vorinstanzen berechneten den der Klägerin zufallenden Anteil am Versteigerungserlös nach dem Verhältnis des Wertes der Turbinenanlage zum Wert des ganzen Grundstücks. Bei einem Wert des gesamten Grundstücks einschließlich der Turbinenanlage von 94 000 M und dem Wert der Turbinenanlage zur Zeit der Versteigerung von 10 421, 40 M berechneten die Vorinstanzen den Anteil der Klägerin am Versteigerungserlös mit 8 326, 03 M. Hiergegen wandte sich die Revision der Beklagten mit dem Argument, daß die Turbinenanlage für die Klägerin nur einen Wert von 5 725 M repräsentiere. Denn diesen Wert hätte die Klägerin erlangt, wenn ihr ordnungsgemäß die betreffenden Gegenstände vor der Versteigerung zurückgegeben worden wären. Dieser Wert sei daher die Höchstsumme, die die Klägerin aus dem Erlös beanspruchen dürfe.

Dem entgegnete das Reichsgericht, daß der Anspruch, der dem Eigentümer zustehe, dessen Gegenstände unberechtigt versteigert worden seien, sich nicht als ein Anspruch auf Ersatz des Wertes kennzeichne, sondern als ein Anspruch auf Herausgabe des Erlöses, der durch die Versteigerung seiner Gegenstände tatsächlich erzielt worden sei. Auch wenn der Erlös den Wert, den die Gegenstände für den Eigentümer hätten, übersteige, gebühre dem Eigentümer der Erlös in ganzer Höhe, da nach § 37 Nr. 5 ZVG dieser Erlös an die Stelle der Gegenstände trete. Zur Unterstützung seiner Begründung berief sich das Reichsgericht auf § 816 BGB. Nach dieser Bestimmung müsse der Nichtberechtignte das Erlangte in ganzer Höhe an den Berechtigten herausgeben und habe kein Recht darauf, dasjenige, das er durch die unberechtigte Verfügung etwa nach besonderen Verhältnissen über jenen Wert hinaus erlangt habe, für sich zu behalten. Im vorliegenden Fall müsse das gleiche gelten.

In späteren Entscheidungen ist das Reichsgericht davon abgerückt, im Fall nichtberechtigter Versteigerung § 816 BGB anzuwenden. Es hat den Anspruch des Eigentümers auf den Versteigerungserlös auf § 812 iVm § 1247 Satz 2 BGB gestützt¹⁾. Schon aus diesem Grund erscheint es zweifelhaft, ob man der Entscheidung entnehmen kann, daß das Reichsgericht im Fall der Verfügung eines Nichtberechtigten allgemein eine Gewinnhaftung nach § 816 BGB befürwortete. Hinzu kommt, daß die der Entscheidung zugrundeliegende Interessenlage nicht mit derjenigen vergleichbar ist, die eine auf § 816 BGB gestützte Gewinnhaftung problematisch erscheinen läßt. Denn es waren

1) RG vom 21. 1. 1938 (VII) RGZ 156, 395 (399); heute h. M.: vgl. SCHÖNKE/BAUR § 44 A V 1 S. 220.

nicht die Interessen des Eigentümers und eines gutgläubigen Nichtberechtigten, der im Vertrauen auf seine vermeintliche Rechtsstellung ein gewinnbringendes Geschäft unternommen hatte, gegeneinander abzuwägen, sondern die Interessen des Berechtigten und die der Gläubiger des Nichtberechtigten. Zudem ist ein bei einer Zwangsversteigerung erzielter Gewinn nicht auf besondere Fähigkeit des Schuldners zurückzuführen, da die Veräußerung durch das Vollstreckungsorgan vorgenommen wird. Im übrigen wird in den meisten Fällen der Versteigerungserlös eher unter als über dem Wert des Versteigerungsgutes liegen. Dafür bietet auch der vorliegende Fall ein Beispiel. Denn es wurde nicht darum gestritten, ob der Eigentümer einen Gewinn erhalten sollte.

Man wird davon ausgehen können, daß die vom Kläger geleistete Turbinenanlage durch den Ausbau aus der Mühle eine Wertminderung erfahren hätte. Der vom Beklagten dem Kläger zugestandene Betrag, der dem Wert der Maschine nach dem Ausbau entsprechen sollte, kam daher nicht dem wahren Wert einer solchen Turbinenanlage gleich. Dieser wurde vielmehr von den Vorinstanzen mit über 10 000 RM bemessen. Da der Kläger nur ca. 8 000 RM erhielt, wurde ihm somit kein Gewinn zugesprochen.

Es bestand auch kein Grund, den Anspruch aus § 816 BGB nach dem Wert der ausgebauten Maschine zu berechnen. Denn dieser Wert war für den durch die Veräußerung erzielten Erlös nicht maßgebend, da die Anlage zusammen mit dem Grundstück veräußert worden war. Für die Haftung nach § 816 mußte der Wert berücksichtigt werden, der der Anlage zum Zeitpunkt der Veräußerung zukam. Mit der Frage der Gewinnhaftung hat dieses Problem nichts zu tun.

Der Auffassung des Reichsgerichts hat sich das OLG Königsberg in einer Entscheidung¹⁾ angeschlossen, die aber wiederum den Fall einer Zwangsvollstreckung in schuldnerfremde Sachen betraf. Das OLG ließ in seiner

1) JW 1919, 517 = JW 1920, 399 m. Anm. von M. Wolff.

Entscheidung auch erkennen, daß es diese Frage nur im Hinblick auf den konkreten Fall der Zwangsvollstreckung entschied. Eine Zwangsvollstreckung betraf auch die ebenfalls zustimmende Entscheidung des OLG Stuttgart¹⁾.

Nach Inkrafttreten des BGB hat das Reichsgericht zum ersten und einzigen Mal zu der Gewinnhaftung nach § 816 BGB in der Entscheidung vom 11. 10. 1932²⁾ Stellung genommen:

Der Kläger hatte an den Beklagten im Jahr 1925 ein altes Altargemälde zum Preis von 1 500 RM verkauft. Der Beklagte ließ es instandsetzen und im Dezember 1926 durch ein Kunstauktionshaus versteigern. Dabei wurden für das Gemälde 109 250 RM erzielt. Der Kläger focht den Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung an und verlangte Herausgabe des durch den Weiterverkauf des Bildes erzielten Erlöses. Mit der Klage verlangte er einen Teilbetrag von 20 000 RM.

Das Reichsgericht bejahte die Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 816 BGB. Zu der streitigen Frage, ob nach § 816 BGB der gesamte Veräußerungserlös herauszugeben sei, führte es aus, daß nicht ohne einen gewissen Anschein von Berechtigung darauf hingewiesen werde, daß es sich bei § 816 BGB um einen Bereicherungsanspruch handle, der Veräußerungserlös also auf Kosten des Berechtigten erlangt sein müsse und daß dieses Erfordernis insoweit nicht erfüllt sei, als der Berechtigte einen Erlös von der Höhe des vorliegenden seinerseits nicht hätte durchsetzen können.

Letztlich ließ es aber die Frage dahingestellt, da nach seiner Auffassung der Anspruch des Klägers bereits nach § 281 BGB und § 687 Abs. 2 BGB begründet war.

-
- 1) OLG Stuttgart vom 27. 12. 1912 Recht 1913 Nr. 343.
2) RG (II) RGZ 138, 45 = JW 1933, 42 mit Anm. von KUNKEL. Nicht herangezogen werden kann die Entscheidung des RG vom 12. 3. 1923 (IV) RGZ 106, 44: Der Futtermeister eines sich auf dem Rückmarsch befindlichen Feldlazarets hatte 1918 ein marschunfähiges Pferd für 165 M an den Beklagten veräußert, der es 1920 für 6 000 M weiterverkaufte. Der Eigentümer des Pferdes klagte auf Herausgabe des Verkaufserlöses. Das RG setzte sich nur mit der Frage auseinander, ob der Eigentümer eine unwirksame Verfügung nach § 185 BGB genehmigen könne, um den Anspruch aus § 816 BGB zu erhalten. Zur Verhandlung über die Höhe des Anspruchs wies es die Sache zurück.

Mit seinen Ausführungen zu § 281 BGB setzte sich das Reichsgericht allerdings zu seiner eigenen Rechtsauffassung in Widerspruch, nach der § 281 BGB auf den Anspruch aus § 985 BGB nicht anzuwenden sei¹⁾. § 687 Abs. 2 BGB griff jedoch ein und begründete die Haftung des Beklagten auf den Veräußerungserlös.

Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts läßt sich somit folgendes feststellen:

Wurden schuldnerfremde Gegenstände versteigert, verpflichtete das Reichsgericht den bereicherten Gläubiger zur Herausgabe des gesamten Veräußerungserlöses. Dabei hatte das Reichsgericht aber nie einen Fall zu entscheiden, in dem der Veräußerungserlös den Wert des versteigerten Gegenstandes überstieg. Im übrigen hat das Reichsgericht in einer Entscheidung eine Gewinnhaftung des nichtberechtigten Veräußerers abgelehnt. Diese Entscheidung erging zwar noch zum gemeinen Recht. Sie stützte sich aber auf den gleichen Rechtsgrundsatz, wie ihn § 816 BGB verkörpert. Nach Inkrafttreten des BGB hat sich das Reichsgericht in einer weiteren Entscheidung mit der Gewinnhaftung befaßt. Es hat dabei Bedenken geäußert, die Gewinnhaftung auf § 816 BGB zu stützen und der Entscheidung andere wegen der Bösgläubigkeit des Nichtberechtigten anwendbare Vorschriften zugrundegelegt.

Es geht daher nicht an, die Rechtsprechung des Reichsgerichts heranzuziehen, wenn man die Haftung des nichtberechtigten Veräußerers auf den Verkaufsgewinn mit § 816 BGB begründen will²⁾.

Der Bundesgerichtshof hat sich der Auffassung derjenigen Literatur angeschlossen, die eine Haftung des verfügenden Nichtberechtigten auf den gesamten erzielten Erlös einschließlich eines eventuellen Gewinns bejaht³⁾. Der Wortlaut des § 816 BGB dürfte dabei die maßgebende Rolle

1) RG vom 28. 10. 1926 (IV) RGZ 115, 31.

2) So aber der BGH in der Entscheidung vom 1. 10. 1975 (IV) WM 1975, 1179, die sich auf RGZ 88, 351 beruft.

3) Nachweise in FN 3 S. 151.

gespielt haben. Die Bindung an den Gesetzeswortlaut ist sicherlich stärker als die an gemeinrechtliche Quellen.

Die erste Entscheidung, in der der BGH diese Auffassung äußerte, betraf allerdings keinen Fall einer Gewinnhaftung¹⁾:

Dem Beklagten war ein Traktor geleistet worden, der im Mit-eigentum des Klägers stand. Die Übereignung an den Beklagten war mangels wirksamer Vertretungsmacht des Leistenden unwirksam. Der Beklagte hatte den Traktor in gutem Glauben an sein Eigentum weiterveräußert. Die auf Wertersatz gerichtete Klage war vom Berufungsgericht dem Grunde nach für berechtigt erklärt worden. Hiergegen richtete sich mit Erfolg die Revision des Beklagten.

Der BGH lehnte zu Recht einen Wertersatzanspruch des Klägers aus §§ 812, 818 Abs. 2 BGB ab und bejahte nur einen Anspruch aus § 816 BGB. Er führte dazu aus, daß dieser Anspruch aber nicht auf Wertersatz gerichtet sei, sondern n u r 2) auf Herausgabe des durch die Verfü-gung Erlangten.

Der BGH hat in dieser Entscheidung somit nicht eine Gewinnhaftung befürwortet, sondern nur zum Ausdruck gebracht, daß die Haftung des Nichtberechtigten aus § 816 BGB sich nur auf den Veräußerungserlös richte, wenn dieser geringer ist als der Wert des veräußerten Gegenstandes. Darüber gibt es keinen Streit.

Zum ersten Mal ausdrücklich befürwortet hat dagegen der BGH eine Gewinnhaftung des Nichtberechtigten in seiner Entscheidung vom 8. 1. 1959³⁾. Erst mit dieser Entscheidung beginnt die eine Gewinnhaftung befürwortende Rechtsprechung.

Die Beklagte hatte Stoffe erworben, die der Klägerin von ihren Lagerverwaltern entwendet worden waren. Sie hatte die Gewebe bearbeitet und an ihre Kunden weiterveräußert. Die Klägerin genehmigte die Verkäufe der Beklagten und verlangte von ihr den Erlös nach § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Der BGH stimmte dem Berufungsgericht darin zu, daß der Beklagte den gesamten Erlös einschließlich des von ihr erzielten Gewinns herauszugeben habe. Für diese Auffassung berief sich der BGH auf den klaren Wortlaut des

1) BGH vom 20. 10. 1952 (IV) BGH NJW 1953, 58.

2) Hervorhebung vom Verfasser.

3) BGH vom 8. 1. 1959 (VII) BGHZ 29, 158 = JR 1959, 461 mit Anm. von VON CAEMMERER = LM Nr. 8 zu § 816 mit Anm. von RIETSCHEL.

§ 816 BGB, von dem abzuweichen nur aus schwerwiegenden Gründen zulässig sei. Aus dem Unterschied, der sich zu der Rechtsprechung zu §§ 818 Abs. 1 und 2 BGB ergibt 1), läßt sich nach Ansicht des Gerichts kein Einwand herleiten. Im Fall des § 816 BGB stünde dem Gläubiger zunächst ein stärkerer, nämlich ein dinglicher Anspruch auf den ihm entzogenen Gegenstand zu. Es sei nicht sinnwidrig, daß sich in diesem Fall der Bereicherungsanspruch von vornherein auf das ganze Erlangte richte. Denn das Recht, die Sache gewinnbringend zu verwerten, entspringe den dem Eigentümer zustehenden Befugnissen. Werde sie dem Eigentümer entzogen, so sei es nur folgerichtig, daß das Gesetz den notwendigen Ausgleich dadurch herbeiführe, daß es auch den aus einem solchen Eingriff dem Nichtberechtigten zugeflossenen Gewinn dem Berechtigten zubillige.

Der BGH erkannte selbst, daß auf diese Weise dem Entreicherten mehr zufließen kann, als es ein Ausgleich für den Entzug der Möglichkeit zur Gewinnerzielung erfordert. Das wäre der Fall, wenn der Entreicherte einen entsprechenden Gewinn nicht hätte erzielen können. Das Gericht ging aber davon aus, daß das Gesetz diese in Kauf genommen habe, zumal in der Regel der von dem Veräußerer erlangte Betrag sich mit dem decken werde, den auch der Eigentümer hätte erzielen können. Eine die jeweiligen Verschiedenheiten berücksichtigende Regelung würde außerdem häufig zu Beweisschwierigkeiten führen. Sollten sich allerdings im Einzelfall aus der Regelung des § 816 BGB grobe Unbilligkeiten ergeben, so könnten sie nach den Grundsätzen des § 242 BGB ausgeglichen werden. Anhaltspunkte für derartige Unbilligkeiten lagen im vorliegenden Fall aber nicht vor.

Die Begründungen, die die Entscheidung enthält, stützen die Auffassung des BGH nicht. Die besondere "Stärke", die der BGH dem dinglichen Anspruch im Verhältnis zum obligatorischen Anspruch beilegt, wird - wie VON CAEMMERER²⁾ zu Recht betont - nur im Verhältnis des Anspruchsberechtigten zu Dritten, insbesondere im Konkurs des Schuldners im Verhältnis zu dessen Gläubigern von Bedeutung. Daß dem Eigentümer einer Sache das alleinige Recht zur Gewinnerzielung zusteht, rechtfertigt nur einen Anspruch auf den entgangenen, nicht aber auf den vom Schuldner erzielten Gewinn. Eine solche Haftung läßt sich zwar als Sanktion für die unberechtigte Veräußerung rechtfertigen, ob aber

1) Siehe oben S. 142 ff.

2) VON CAEMMERER JR 1959, 462 (463), ebenso JAKOBS S. 20 FN 16, WILHELM S. 73.

gerade der in gutem Glauben verfügende Nichtberechtigte Adressat einer solchen Sanktion sein sollte, muß bezweifelt werden¹⁾.

Wesentlicher noch erscheint ein Gesichtspunkt, auf den VON CAEMMERER hingewiesen hat²⁾. Wer rechtsgrundlos erlangte Sachen verbraucht, verarbeitet oder einbaut, hat nach dem Gesetz Wertersatz zu leisten, § 951 Abs. 1 BGB. Die Veräußerung fremden Gutes ist aber ein entsprechender Eingriff in fremdes Recht, "eine Art Verbrauch der Sache"³⁾, die einer entsprechenden Regelung bedarf.

Die Auffassung des BGH scheint denn auch weniger von der Ansicht getragen zu sein, den Nichtberechtigten zur Herausgabe von Gewinnen zu verpflichten. Dem BGH sind vielmehr Bedenken gekommen wegen der praktischen Schwierigkeiten, die eine Haftung auf Wertersatz mit sich bringen kann. In der Tat bietet sich mit dem Veräußerungserlös, der - darin ist dem BGH zuzustimmen - sich in den meisten Fällen mit dem Verkaufswert des Veräußerten decken wird, ein leicht feststellbarer Anspruchsgegenstand. Eine Wertersatzhaftung würde dagegen den Beklagten zur Geltendmachung zahlreicher Einwände veranlassen, um wenigstens einen Teil des Veräußerungserlöses behalten zu können. Statt auf den bekannten Veräußerungserlös zurückgreifen zu können, müßte Beweis über den Wert erhoben werden. Ein anschauliches Beispiel bietet der folgende vom BGH entschiedene Fall⁴⁾:

Die verstorbenen Eltern der Parteien hatten im Jahr 1914 in einem gemeinschaftlichen Testament sich gegenseitig und ihre beiden Kinder, die Parteien des Rechtsstreits, als Erben des Letztversterbenden eingesetzt. Der im Jahre 1956 verstorbene Vater der Parteien hatte 1954 ein weiteres Testament errichtet, in dem er die Parteien je zur Hälfte zu Erben eingesetzt und in einer Teilungsanordnung den

1) Siehe dazu unten S. 226 ff.

2) A. a. O. (FN 2 S. 159) S. 462 und in Festschrift für Lewald S. 446 = Ges. Schr. I S. 282 f.

3) VON CAEMMERER a. a. O.; ähnlich JUNG, RG - Festschrift III S. 154 f.; VON LÜBTOW S. 60.

4) BGH vom 1. 10. 1975 IV WM 1975, 1179.

Parteien jeweils ein bestimmtes Grundstück zugewiesen hatte. Für die Mutter der Parteien war ein Nießbrauch an dem gesamten Vermögen des Erblassers vorgesehen worden.

Der Beklagte verkaufte 1956 für 52 000 DM das ihm zugewiesene Grundstück mit Zustimmung der Klägerin und seiner Mutter, die auf den Nießbrauch an diesem Grundstück verzichtete. Als die Klägerin 1968 ihre Eintragung als Eigentümerin des ihr in dem Testament von 1954 zugewiesenen Grundstücks erstrebte, verweigerte der Beklagte die Zustimmung und focht dieses Testament an. Nach dem Tode der Mutter im gleichen Jahr war zwischen den Parteien nicht mehr streitig, daß sich ihre Erbrechte ausschließlich aus dem 1914 errichteten gemeinschaftlichen Testament der Eltern herleiteten. Die Klägerin begehrte daher die Feststellung, daß sich der Beklagte bei der Erbauseinandersetzung den Betrag von 52 500 DM als Vorempfang anrechnen lassen müsse. Der Beklagte wurde daraufhin verurteilt, 52 500 DM für die aus den Parteien bestehende Erbengemeinschaft zu hinterlegen. Die Revision des Beklagten hiergegen hatte keinen Erfolg.

Der BGH bestätigte die Auffassung der Vorinstanzen, daß der Erlös aus dem 1956 erfolgten Verkauf des einen Grundstücks der Erbengemeinschaft zustehe. Die Mutter sei nach dem Testament von 1914 Eigentümerin dieses Grundstücks geworden. Die Parteien hätten daher als Nichtberechtigte über das Grundstück verfügt. Diese Verfügung sei erst mit dem Tod der Mutter nach § 185 Abs. 2 BGB wirksam geworden. Hätte die Mutter die Veräußerung genehmigt, hätte sie nach § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB vom Beklagten den Erlös herausverlangen können. Da die Verfügung wirksam geworden sei, weil die Parteien die Mutter beerbt hätten, müsse der Beklagte nunmehr den Erlös an die Erbengemeinschaft herausgeben.

Mit dem Einwand, er schulde allenfalls Wertersatz und habe nicht den gesamten Veräußerungserlös herauszugeben, da das Grundstück zu einem Liebhaberpreis verkauft worden sei, wurde der Beklagte nicht gehört. Nach § 816 BGB sei der volle Erlös und damit auch der bei einer Veräußerung erzielte Gewinn herauszugeben. Der im Schrifttum vertretenen gegenteiligen Auffassung könne nicht gefolgt werden.

Der Sachverhalt, der dieser Entscheidung zugrundelag, scheint die Befürchtungen des BGH zu bestätigen, daß ein Wertersatzhaftung aus § 816 BGB zu erheblichen Beweisschwierigkeiten führen könnte. Denn hätte dann nicht im vorliegenden Fall der Wert eines Grundstücks zum Zeitpunkt einer nahezu zwanzig Jahre zurückliegenden Veräußerung bewiesen werden müssen? Die Frage ist zu verneinen. Auch die Befürworter einer Wertersatzhaftung hätten den Beklagten zur Herausgabe des Veräußerungserlöses verpflichtet.

Denn der Einwand des Beklagten, der Abkäufer hätte einen Liebhaberpreis gezahlt, kann nicht ausschließen, daß nicht auch der Eigentümer des Grundstücks diesen Preis hätte erzielen können. Der Wert eines Gegenstandes ist nicht mehr als der Ausdruck der Wertschätzung, die die Teilnehmer des Marktes dem Gegenstand zuteil werden lassen. Er drückt sich aus in dem Preis, der für ein Gut zu erzielen ist. Der erzielte Preis entspricht daher *prima facie* dem Wert des veräußerten Gegenstandes¹⁾.

Das gilt insbesondere für Güter, die wie Kunstwerke oder auch Grundstücke unvertretbar sind und daher einen durch Vergleich feststellbaren Marktwert nicht besitzen. Der Einwand, der Abkäufer hätte einen Liebhaberpreis für das Grundstück bezahlt, besagt daher zunächst einmal nur, daß ein solcher Preis auf dem Grundstücksmarkt erzielt werden konnte, weil wenigstens eine Person den Wert des Grundstücks entsprechend einschätzte²⁾. Er repräsentiert daher den derzeitigen Marktwert des Grundstücks. Ein Fall einer Gewinnerzielung liegt dagegen nur dann vor, wenn der verfügende Nichtberechtigte in der Lage ist, einen Veräußerungserlös zu erzielen, den nicht jedermann am Markt hätte erzielen können. Fälle dieser Art liegen vor, wenn der Eigentümer und der nichtberechtigte Verfügende auf verschiedenen Handelsstufen stehen oder wenn der erzielte Preis einer besonderen Leistung des Nichtberechtigten, sei es eines besonderen Verkaufsgeschicks, einer geschickten Werbung, eines guten Vertriebsnetzes, einer besseren Verkaufsorganisation oder eines besseren "good will" des Unternehmens entspringt. Der Berechtigte kann dann Ersatz des Wertes verlangen. Dagegen besteht kein Grund, ihn in den Genuß dieser besonderen Leistungen kommen zu lassen, wenn der Nichtberechtigte in gutem Glauben handelte. Beahlt dagegen jemand einen

1) VON CAEMMERER a. a. O. (FN 2 S. 159) S. 462 und Festschrift für Lewald S. 448 = Ges. Schr. I S. 285; SIBER II § 75, 1 b S. 443.

2) Der erzielte Erlös wäre sicherlich "entgangener Gewinn" im Sinne von § 253 BGB.

Liebhaberpreis für ein Grundstück, so ist das auf Eigenschaften dieses Grundstücks und nicht auf besondere Fähigkeiten des Veräußerers zurückzuführen. Der Beklagte des vorliegenden Falles hatte auch nicht behauptet, daß nur er den geschäftlichen Kontakt zu dem Käufer habe herstellen können. Damit wäre der erzielte Erlös auch dann herauszugeben gewesen, wenn der BGH den Anspruch aus § 816 BGB als einen Wertersatzanspruch aufgefaßt hätte.

Das gleiche hätte im übrigen für die Leitentscheidung im 29. Band gegolten¹⁾. Aus den Gründen dieser Entscheidung wird nämlich nicht ersichtlich, worin ein Gewinn des Beklagten hätte bestehen sollen²⁾.

Bedenkt man zudem, daß der BGH in den wirklich kritischen Fällen eine Korrektur über § 242 BGB zulassen will, muß ernsthaft bezweifelt werden, ob zwischen der Auffassung der Rechtsprechung und der den § 816 BGB auf Wertersatz ausrichtenden Auffassung in der Literatur ein sachlicher Unterschied besteht. Vielmehr drängt sich der Eindruck auf, daß lediglich ein Unterschied in der dogmatischen Konstruktion existiert. Insoweit ist allerdings die vom Reichsgericht im 25. Band³⁾ und von VON CAEMMERER⁴⁾ vertretene Lösung der "Flucht" des BGH in die Generalklausel des § 242 BGB vorzuziehen. Danach haftet derjenige, der nichtberechtigt über fremdes Gut verfügt, grundsätzlich auf den Wert des Gutes. Es obliegt aber dem Nichtberechtigten darzulegen und zu beweisen, daß der erzielte Veräußerungserlös nicht dem Wert des veräußerten Gegenstandes entspricht, sondern zugleich Ausdruck einer besonderen Leistung des Verkäufers ist⁵⁾.

1) FN 3 S. 158.

2) Vgl. VON CAEMMERER a. a. O. (FN 2 S. 159) S. 462 FN 3.

3) FN 4 S. 151.

4) A. a. O. FN 2 S. 150, FN 2 S. 159, FN 2 S. 160.

5) VON CAEMMERER a. a. (FN 1 S. 162); SIBER a. a. O. (FN 1 S. 162); RG a. a. O. (FN 4 S. 151).

Aus dem Wortlaut des § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB läßt sich gegenüber einer solchen einschränkenden Interpretation ein Einwand nicht herleiten. Ebenso wie es als zulässig erachtet wird, den Anwendungsbereich einer Norm entgegen ihrem Wortlaut einzuschränken, wenn dadurch eine zu weit gefaßte Regel auf den ihr nach Zweck und Sinnzusammenhang zukommenden Anwendungsbereich zurückgeführt wird¹⁾, sollte es zulässig sein, den Anspruchsinhalt des § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB auf den ihm nach dem Zweck der Vorschrift zukommenden Umfang einzuschränken²⁾. Der Zweck des § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB besteht nun aber darin, dem Berechtigten einen Ersatz für sein Eigentum zu beschaffen, das wegen der Vorschriften über den Erwerb kraft guten Glaubens verloren gegangen ist³⁾. Diesem Zweck wird durch die Zubilligung eines Wertersatzanspruchs vollauf genügt.

3. Herausgabe von Wertsteigerungen. Der Zeitpunkt der Wertermittlung.

Ob der Bereicherungsschuldner einen Verkaufsgewinn, der auf einer Wertsteigerung des erlangten Gegenstandes beruht, an den Leistenden herauszugeben hat, hängt davon ab, nach welchem Zeitpunkt der nach § 818 Abs. 2 BGB zu leistende Wertersatz zu bestimmen ist. Stellt man auf den Wert zum Zeitpunkt der Leistung ab, wirkt sich eine nachträgliche Wertsteigerung zugunsten des Leistungsempfängers aus. Bemißt man den Wert nach dem Zeitpunkt der Veräußerung, werden die Vorteile dem Leistenden zugewiesen. Das Gesetz selbst enthält sich einer näheren Bestimmung. Sie sollte der Wissenschaft und Praxis überlassen bleiben⁴⁾.

1) Sog. teleologische Reduktion, vgl. LARENZ, Methodenlehre S. 377 ff.

2) Eine Vereinbarkeit einer auf Wertersatz ausgerichteten Interpretation mit dem Wortlaut des § 816 bejahen JUNG a. a. O. (FN 3 S. 160) S. 157; MEDICUS § 28 IV 2 d Rdnr. 723; KOPPENSTEINER/KRAMER S. 132; REEB S. 76 ff.; LOPAU S. 14.

3) Motive MUGDAN III S. 224; STAUDINGER/LORENZ (12. Aufl.) § 816 Rdnr. 2.

4) Motive MUGDAN II S. 467.

a) Die Rechtsprechung.

Das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung für die Bestimmung des Wertes den Zeitpunkt für maßgebend erklärt, in welchem der Bereicherungsschuldner "etwas erlangte"¹⁾. Für die Leistungskondition ist danach der Zeitpunkt maßgebend, in dem die Leistung erfolgt und der Rückgewähranspruch entsteht. Eine Wertsteigerung nach diesem Zeitpunkt bleibt bei der Berechnung außer Betracht. Die Folge davon ist, daß bei einem Verkauf des geleisteten Gegenstandes der die Wertsteigerung repräsentierende Erlös dem Schuldner verbleibt²⁾.

Der Bundesgerichtshof hat sich dieser Rechtsprechung des Reichsgerichts angeschlossen³⁾. Allerdings ist es ungenau, als maßgeblichen Zeitpunkt der Wertberechnung den Zeitpunkt zu nennen, in dem der geleistete Gegenstand erlangt wird. Vielmehr stellt der BGH auf den Zeitpunkt der Entstehung des Bereicherungsanspruchs ab, der im Fall der *condictio indebiti*⁴⁾ mit dem Zeitpunkt des Erlangten zusammenfällt. Im Fall der *condictio ob causam datorum* dagegen ist nicht der Zeitpunkt der Leistung maßgebend, sondern der Wert des Erlangten ist erst für den Zeitpunkt zu berechnen, in dem feststeht, daß der bezweckte Erfolg nicht eintritt⁵⁾.

-
- 1) RG vom 12. 6. 1907 (I) Seuff.Bl. 73, 361 (362); RG vom 16. 2. 1921 (V) RGZ 101, 389 (391); RG vom 24. 3. 1923 (V) Gruchot Bd. 67 (1925) Nr. 32 S. 316 (317); RG vom 9. 10. 1924 (IV) JW 1925, 465 (466); RG vom 22. 12. 1927 (VI) RGZ 119, 332 (336); RG vom 1. 2. 1928 (V) JW 1928, 2437 (2438); ebenso OLG München vom 16. 5. 1925 BayZ 1925, 262; anders nur OLG Augsburg vom 15. 11. 1924 BayZ 1925, 81.
 - 2) RG vom 16. 2. 1921 (V) RGZ 101, 389 (391).
 - 3) BGH vom 27. 2. 1952 (II) BGHZ 5, 197 (200); BGH vom 10. 7. 1953 (V) BGHZ 10, 171 (180); BGH vom 21. 12. 1961 (III) NJW 1962, 580 (581); BGH vom 8. 4. 1963 (VIII) NJW 1963, 1299 (1301).
 - 4) Ebenso bei der *condictio ob causam finitam*, wenn die causa mit der Wirkung *ex tunc* entfällt.
 - 5) BGH vom 18. 9. 1961 (VII) BGHZ 35, 356 (358); BGH vom 20. 12. 1965 (VII) BGH WM 1966, 369 (370).

Eine Begründung für diese Bestimmung des maßgeblichen Zeitpunktes läßt die Rechtsprechung in den meisten Fällen vermissen. Der BGH verweist insoweit auf die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts. Das Reichsgericht wiederum ließ es in der wohl ersten Entscheidung der Frage¹⁾ mit einem Hinweis auf die in der Literatur vertretene Auffassung bewenden. In der Entscheidung vom 27. 2. 1952²⁾ läßt aber der BGH erkennen, daß er den Bereicherungsanspruch als einen Anspruch ansieht, der mit der Entstehung in seinem Umfang fixiert ist und nur noch durch einen Fortfall oder eine Minderung der Bereicherung beeinflusst werden kann.

b) Die Literatur.

In der Literatur wurde die Auffassung des Reichsgerichts überwiegend geteilt³⁾. Von einem Teil des Schrifttums wurde dagegen nicht die Entstehung des Bereicherungsanspruchs, sondern der Eintritt der Wertersatzpflicht als maßgebender Zeitpunkt angesehen, um bis dahin erfolgte Wertsteigerungen dem Entreicherten zugute kommen zu lassen⁴⁾.

Auch der Bundesgerichtshof kann sich auf die überwiegende Auffassung der Literatur berufen⁵⁾. Sie ist aber zunehmender Kritik ausgesetzt⁶⁾. Vor allem stößt man sich daran, daß der Wertersatz schuldende Bereicherte besser gestellt wird als der Bereicherte, der den Anspruch durch

1) RG vom 12. 6. 1907 (I) Seuff. Bl. 73, 361 (362).

2) BGH (II) BGHZ 5, 197 (200); desgleichen BGH vom 14. 6. 1952 (II) BGHZ 6, 227 (232).

3) PLANCK/LANDOIS § 818 Anm. 4 a; STAUDINGER/ENGELMANN (9. Aufl. 1929) § 818 Anm. 4 g; BGB-RGRK - LOBE (9. Aufl. 1939) § 818 Anm. 5; CROME II § 323, 1 d S. 1008.

4) OERTMANN § 818 Anm. 2 e ß; EBBECKE Recht 1912, 750; RÖMER AcP 119 (1920) S. 293 (348).

5) SOERGEL/MÜHL § 818 Rdnr. 12; STAUDINGER/SEUFERT § 818 Rdnr. 25; BEUTHIEN StudK § 818 Anm. 4 b; BGB-RGRK - HEIMANN-TROSIEN § 818 Rdnr. 19; PALANDT/THOMAS § 818 Anm. 5 d.

6) ERMAN/H. P. WESTERMANN § 818 Rdnr. 21; ESSER, Schuldrecht (2. Aufl.) § 198, 5 S. 898; LANGE NJW 1951, 685 (688); FURTNER MDR 1961, 649; KOPPENSTEINER NJW 1969, 588 (589 ff.); ders. in KOPPENSTEINER/KRAMER S. 181; PINGER MDR 1972, 187, differenzierend auch STAUDINGER/LORENZ (12. Aufl.) § 818 Rdnr. 31.

Naturalrestitution zu erfüllen hat. Hat der Bereicherungsschuldner den in seinem Wert gestiegenen Gegenstand noch in seinem Vermögen, muß er diesen nach § 812 BGB herausgeben, so daß dem Gläubiger jede Wertsteigerung zugute kommt. Will man konsequent sein, muß dann aber auch der Wertersatzanspruch nach § 818 Abs. 2 BGB derart gestaltet werden, daß Wertsteigerungen nicht dem Schuldner verbleiben, sondern dem Gläubiger zufließen. Den Gläubiger, der Naturalrestitution verlangen kann, besser zu stellen als denjenigen, der auf einen Wertersatzanspruch verwiesen ist, läßt sich schwerlich rechtfertigen. Erreicht wird die Gleichstellung, wenn man den Wert nach dem Zeitpunkt bemißt, in dem der Wertersatzanspruch entsteht¹⁾. Hat der Bereicherungsschuldner den Leistungsgegenstand verkauft, bemißt sich dann der Wertersatz nach dem Zeitpunkt des Verkaufs, so daß der Gläubiger den Verkaufserlös auch insoweit erhält, als er auf Wertsteigerungen des Geleisteten zurückzuführen ist.

Berücksichtigt man aber die Funktion der Leistungskondition, die in der Ordnung des Vermögensausgleichs bei fehlgeschlagenen Vertragsverhältnissen zu sehen ist²⁾, so ist zu erkennen, daß die von der Rechtsprechung und von der herrschenden Lehre vertretene Auffassung in vielen Fällen angemessene Ergebnisse erbringt. Soweit dem Leistungsverhältnis ein Veräußerungsgeschäft im Rahmen des üblichen Geschäftsverkehrs zugrundeliegt, wird dem Interesse des Gläubigers nämlich vollends genügt, wenn ihm der Wert ersetzt wird, den der geleistete Gegenstand zur Zeit der Veräußerung innehatte. Denn es kann davon ausgegangen werden, daß er diese Veräußerung in jedem Fall zu diesem Zeitpunkt, sei es auch mit einem anderen Vertragspartner, getätigt hätte. Zieht man als Beispiel einen Fall heran, in dem der Schuldner sich günstig mit einer Ware eindeckt, deren Preis saisonalen Schwankungen

1) So die in FN 6 S. 166 genannten mit Ausnahme von LANGE und KOPPENSTEINER.

2) VON CAEMMERER, Festschrift für Rabel S. 342 = Ges. Schr. I S. 218.

unterliegt - er läßt sich z. B. im Frühjahr mit Heizöl beliefern -, so erscheint es sachgerecht, bei einem Fehlschlagen des Schuldverhältnisses dem Gläubiger (Heizöl-lieferant) den Wert der Ware im Zeitpunkt der Lieferung zu erstatten. Denn es entsprach seinem Willen und seinem Geschäftsinteresse, die Ware in diesem Zeitpunkt zu dem vereinbarten Preis zu veräußern, und es besteht kein Grund, ihn wegen des Scheiterns der Vertragsbeziehungen besser zu stellen und ihm einen bei üblichen Geschäftsgang nicht zu erwartenden Gewinn zu bescheren. Dagegen wäre dem Interesse eines Schuldners, der sich zu einem günstigen Preis mit Ware eindecken wollte, nicht gedient, wenn er auf Grund eines unverschuldeten Fehlschlags des Vertragsverhältnisses die gelieferte Ware zurückgeben und sich nun zu einem höheren Preis, im Beispielsfall etwa dem des Heizöls im Herbst oder Winter, eindecken müßte¹⁾. In diesen Fällen scheint daher eher die Regelung der Naturalrestitution als unangemessen, während der Wertersatzanspruch, ausgerichtet am Wert im Zeitpunkt der Leistung, der Interessenlage gerecht wird. Auch im amerikanischen Recht wird daher in diesen Fällen der Wert des Leistungsgegenstandes im Zeitpunkt des Vertragschlusses dem Anspruch zugrundegelegt²⁾.

Anders liegen allerdings die Fälle, in denen die Veräußerung an sich auf einem Irrtum beruht oder dem Leistenden nicht zugerechnet werden darf. Verkauft ein Minderjähriger ohne Kenntnis und gegen den Willen des gesetzlichen Vertreters beispielsweise eine ihm als Wertanlage vererbte Briefmarkensammlung, muß ein sachgerechter Ausgleich auch die nach der Leistung eingetretene Wertsteigerung erfassen und damit zu einer Abschöpfung eines auf dieser Wertsteigerung beruhenden Verkaufserlöses führen. Denn dem Gläubiger wären diese Wertsteigerungen

1) Allerdings wird ihm in vielen Fällen ein Anspruch auf Ersatz seines Vertrauensschadens zustehen, § 122 BGB.

2) Siehe oben S. 75 ff.

ohne die unwirksame Veräußerung zugute gekommen. Es wird daher am zweckmäßigsten sein, den Zeitpunkt der Wertermittlung je nach der Interessenlage des Einzelfalles unterschiedlich festzulegen.¹⁾ Maßgebender Gesichtspunkt ist auch hier, ob dem Leistenden die in der Leistung liegende Vermögensentscheidung zugerechnet werden kann²⁾. Da § 818 Abs. 2 BGB keine nähere Bestimmung trifft, läßt das Gesetz dieses Verfahren zu.

Noch weiter hinaus schiebt KOPPENSTEINER den Zeitpunkt der Bestimmung des Wertersatzes. Nach ihm soll es auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ankommen³⁾. Soweit KOPPENSTEINER damit erreichen will, daß Wertminderungen nach dem Entstehen des Wertersatzanspruchs berücksichtigt werden, verkennt er, daß dieses schon auf Grund von § 818 Abs. 3 BGB gewährleistet wird. Soweit er mit dieser weiteren Hinausschiebung des Bemessungszeitpunktes dem Gläubiger den Zugriff auf Gewinne des Schuldners ermöglichen will, geht es ihm nicht mehr um Wertersatz, sondern um Herausgabe des rechtsgeschäftlichen commodums. Befürwortet man wie KOPPENSTEINER eine Herausgabe des Gewinns, dann ist es aber allein folgerichtig, in dem Gewinn das Erlangte im Sinn des § 812 BGB zu erblicken⁴⁾. Ihn dagegen als Werterhöhung des geleisteten und zur Gewinnerzielung verwendeten Gegenstandes zu definieren erscheint als unnötige, dem allgemeinen Sprachgebrauch widersprechende Konstruktion.

II. Herausgabe von Gewinnen, die durch nutzbringenden Gebrauch des Erlangten entstanden sind.

Nach § 818 Abs. 1 BGB erstreckt sich die Verpflichtung des Bereicherungsschuldners zur Herausgabe auch auf die gezogenen Nutzungen. Der Begriff der Nutzung umfaßt

2) Siehe oben S. 147.

3) KOPPENSTEINER a. a. O. (FN 6 S. 166); ebenso schon LANGE a. a. O. (FN 6 S. 166).

4) Zutreffend JAKOBS S. 40 f.

1) STAUDINGER/LORENZ (12. Aufl.) § 818 Rdnr. 31.

nach § 100 BGB die Vorteile, die der Gebrauch einer Sache oder eines Rechts gewährt (Gebrauchsvorteile), und die Früchte einer Sache oder eines Rechts, die nach § 99 BGB in unmittelbare und mittelbare Früchte unterteilt werden.

Soweit der Schuldner Früchte herauszugeben hat, kann diese Herausgabepflicht auch die Herausgabe von Gewinnen umfassen¹⁾. So gehört zu den unmittelbaren Sachfrüchten eines erlangten Grundstücks auch die Ernte, die der Bereicherungsschuldner auf Grund eigener Aussaat und eigener Bewirtschaftung des Bodens erzielt hat. Unmittelbare Rechtsfrüchte stellen dar die Erträge des Pächters, die dieser durch seine Tätigkeit aus dem ihm überlassenen Grundstück erwirbt, und die Erträge, die ein Träger einer ausschließlichen Lizenz durch die Verwendung der geschützten Erfindung in seinem Unternehmen erzielt²⁾. Zu den mittelbaren Früchten sind zu zählen die Erträgnisse, die durch eine Vermietung oder Verpachtung des Erlangten erzielt worden sind, ebenso die Zinsen, die mit rechtsgrundlos erlangtem Geld erwirtschaftet worden sind³⁾.

In allen Fällen handelt es sich um Erträgnisse, die der Schuldner auf Grund eigener wirtschaftlicher Leistung erzielt hat und deren Umfang auch von der wirtschaftlichen Leistung und den Fähigkeiten des Schuldners abhängig ist. Bei der Herausgabepflicht nach § 818 Abs. 1 i.V.m. § 99 BGB könnte es sich also um eine auf Gewinnherausgabe gerichtete Verpflichtung handeln, nicht nur um eine Verpflichtung zur Leistung von Wertersatz, die vorliegen würde, wenn die Verpflichtung des Schuldners ihre obere Grenze im objektiven Miet- oder Pachtwert fände. Eine derartige Begrenzung der Herausgabepflicht kann den §§ 99 ff. BGB aber nicht entnommen werden, sie müßte sich aus bereicherungsrechtlichen Grundsätzen ergeben.

1) Zu dem Begriff "Gewinn", wie er in dieser Arbeit verstanden wird, siehe oben S. 3 f.

2) STAUDINGER/DILCHER § 99 Rdnr. 13.

3) PALANDT/HEINRICHS § 99 Anm. 3 b; MünchKomm-HOLCH § 99 Anm. 5; a. A. STAUDINGER/DILCHER § 99 Rdnr. 13
SOERGEL/BAUR § 99 Rdnr. 14, die Zinsen zu den unmittelbaren Rechtsfrüchten zählen.

Während ohne weiteres bestimmt werden kann, was eine "Frucht" im Sinn des § 99 BGB ist, ist es schon schwieriger, präzise zu definieren, was unter den Vorteilen, "welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt", zu verstehen ist. Zumeist wird auf eine genauere Definition des Begriffs der Gebrauchsvorteile verzichtet und eine nähere Bestimmung durch die Aufzählung von Beispielen ersetzt. Dabei lassen sich drei Möglichkeiten erkennen, wie die "im Gebrauch liegenden natürlichen Vorteile"¹⁾ einer Sache oder eines Rechts festgestellt werden können.

Zum einen kann der Begriff "objektiv", d.h. in einer allgemeinen für jedes Rechtssubjekt zu gleichem Ergebnis kommenden Art und Weise, bestimmt werden. Nach dieser objektiven Bestimmung liegen die Vorteile des Gebrauchs einer Sache oder eines Rechts in dem Gebrauch des Gegenstandes selbst. Nicht die Erträgnisse, die der Bereicherungsschuldner dem Gebrauch des erlangten Gegenstandes zu verdanken hat, sind die herauszugebenden Gebrauchsvorteile, sondern der Gebrauch selbst, wie das Bewohnen eines Hauses, das Benutzen von Möbeln oder das Tragen eines Anzugs²⁾, ist der Vorteil, zu dessen Herausgabe der Bereicherungsschuldner verpflichtet ist. Da eine Herausgabe dieser nicht-gegenständlichen Vorteile nicht möglich ist, greift folglich § 818 Abs. 2 BGB ein, so daß der Schuldner zum Wertersatz und damit letztlich zur Bezahlung des Gebrauchs verpflichtet wird³⁾. Die Verpflichtung zur Herausgabe der Gebrauchsvorteile stellt sich nach dieser Bestimmung als eine Verpflichtung zum Wertersatz dar.

1) SOERGEL/BAUR § 100 Rdnr. 2.

2) RG vom 11. 10. 1919 (V) Seuff. A. 75 (1920) Nr. 101 S. 176 (177); SOERGEL/BAUR § 100 Rdnr. 2; MünchKomm-HOLCH § 100 Anm. 2,6.

3) PLANCK/LANDOIS § 818 Anm. 2 e; vorbehaltlich einer Einschränkung der Verpflichtung nach § 818 Abs. 3 BGB. Siehe dazu oben S. 194 ff.

Gebrauchsvorteile können aber auch "subjektiv" bestimmt werden als die Vorteile, die gerade dem betroffenen Bereicherungsschuldner durch den Gebrauch in seinem Vermögen entstanden sind¹⁾. Als Gebrauchsvorteile erscheinen in diesem Sinne entweder die Ersparnis, die der Bereicherungsschuldner auf Grund des Gebrauchs erzielt, oder die positiven Vermögensvorteile, die als Folge des Gebrauchs im Vermögen des Bereicherungsschuldners entstehen.

Wird von dem Bereicherungsschuldner zum Beispiel eine rechtsgrundlos erlangte Maschine in seinem Unternehmen verwandt, so kann der in ihrem Gebrauch liegende Vorteil sich als Einsparung des Mietpreises, der üblicherweise für eine solche Maschine zu zahlen ist, darstellen. In diesem Fall wird auch nach dieser Berechnung auf Wertersatz gehaftet. Der Gebrauchsvorteil kann aber auch aus der Ersparnis von Lohnkosten bestehen, wenn der Schuldner an Stelle der Maschine mehrere Arbeitskräfte hätte einsetzen müssen. Andererseits kann auch eine durch den Einsatz der Maschine erzielte Mehrproduktion als der herauszugebende Gebrauchsvorteil ermittelt werden²⁾. In den beiden letzten Fällen hängt der Umfang der Gebrauchsvorteile auch wesentlich von Unternehmensorganisation oder der Leistungsfähigkeit, der Ertragskraft, der Absatzorganisation oder auch der Marktposition des Unternehmens des Bereicherungsschuldners ab, nicht dagegen davon, welchen Wert ein Gebrauch des betreffenden Gegenstandes allgemein, d.h. auch aus der Sicht des Gläubigers verkörpert. Die subjektive Bestimmung der Gebrauchsvorteile führt daher zu einer Gewinnhaftung des Bereicherungsschuldners.

1) So vor allem ROTH, Festschrift für G. Küchenhoff S. 371 ff. (348 f.).

2) OLG Stuttgart vom 13. 7. 1909 Recht 1910 Nr. 278; STAUDINGER/DILCHER § 100 Rdnr. 5; SOERGEL/BAUR § 100 Rdnr. 4.

Im folgenden soll untersucht werden, in welcher Weise die Rechtsprechung die nach § 818 Abs. 1 BGB herauszugebenden Nutzungen bestimmt. Dabei wird die Behandlung der praktisch wichtigsten Fälle der Herausgabe von Geld- und Unternehmungsnutzungen vorangestellt, bevor auf die übrigen Entscheidungen zur Nutzungsherausgabe eingegangen wird.

1) Die Herausgabe von Geldnutzungen¹⁾.

Hat der Bereicherungsschuldner mit dem geleisteten Geld Zinserträge erwirtschaftet, hat er diese nach § 818 Abs. 1 i.V.m. § 99 BGB herauszugeben. Da die Erwirtschaftung von Zinserträgen ohne weiteres möglich und im allgemeinen auch üblich ist, sind von der Rechtsprechung dem Gläubiger weitgehende Beweiserleichterungen eingeräumt worden²⁾:

"Die Annahme, daß Wertpapiere Zinsen tragen und daß man größere Geldbeträge nicht unbenutzt im Kasten liegen läßt, erscheint indessen allgemein, nicht nur für den Bankier, berechtigt und darf daher bis zum Beweis des Gegenteils unterstellt werden..." 3).

Gegenstand des Anspruchs war in diesen Fällen allerdings immer nur der übliche Zinssatz, so daß der Bereicherungsanspruch auf Wertersatz für den Gebrauch des Geldes ausgerichtet war. Ein Fall der Gewinnhaftung, der vorläge, wenn der Bereicherungsschuldner einen den üblichen Zinssatz übersteigenden Ertrag erwirtschaftet hätte, ist bislang noch nicht entschieden worden.

Erträge durch die Nutzung von rechtsgrundlos erlangtem Geld können aber nicht nur durch Darlehensvergabe erzielt werden. Eine Nutzung wird häufig auch in der Form

1) Vgl. zum ganzen BÜTTNER BB 1970, 233 ff.

2) Vgl. RG vom 28. 1. 1903 (I) RGZ 53, 363 (371); RG vom 29. 11. 1909 (IV) Recht 1910 Nr. 59; RG vom 3. 5. 1916 (V) Recht 1916 Nr. 1292; RG vom 13. 7. 1918 (V) Warn. 1918 Nr. 182 S. 268.

3) RG Warn. a. a. O. (oben FN 2); kritisch dazu ERMAN/H. P. WESTERMANN § 818 Rdnr. 11.

erreicht, daß der Schuldner das erlangte Geld in zins- oder dividendentragenden Wertpapieren anlegt oder mit den mit dem Geld erworbenen Wertpapieren spekuliert. Ferner kann der Bereicherungsschuldner das erlangte Geld in seinem Unternehmen investieren und es in dieser Form ertragreich verwenden. In allen diesen Fällen handelt es sich letztlich um eine Nutzung des erlangten Geldes, wenn auch ein Umsatzgeschäft (Kauf von Wertpapieren oder Investitionsgütern) vorgeschaltet ist¹⁾.

Ein entsprechender Fall wurde vom Reichsgericht erstmals im Jahre 1931 entschieden²⁾:

Der Kläger hatte dem Beklagten ein Grundstück auf Grund eines wegen Schwarzkaufs unwirksamen Kaufvertrags geleistet. Im vorliegenden Rechtsstreit waren Gegenansprüche des Beklagten im Streit. Der Kläger hatte mit dem vom Beklagten gezahlten Geld Gesellschaftsanteile einer GmbH gekauft und daraus Erträge erhalten, die er für seinen Unterhalt verwendete. Das Berufungsgericht hatte ihm deswegen eine Ersparnis von Unterhalt als herauszugebende Bereicherung angerechnet. Auf die Revision des Klägers hob das Reichsgericht die Entscheidung insoweit auf.

Das Reichsgericht führte aus, das Berufungsgericht habe übersehen, daß die erzielten Nutzungen nicht aus den auf Kosten des Beklagten erhaltenen Geldbeträgen gezogen worden seien. Der Kläger habe das geleistete Geld veräußert und sei daher zum Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB verpflichtet. Seine Herausgabepflicht erstreckte sich aber nicht auf den Gewinn, den er aus dem mit dem Gelde rechtsgeschäftlich erworbenen Recht gezogen habe.

Das der Nutzung vorgeschaltete Umsatzgeschäft bewirkte, daß der Kläger trotz der erzielten Nutzung nicht zu einer Herausgabe verpflichtet war.

In einer Entscheidung des nächsten Jahres setzte das RG diese Rechtsprechung fort³⁾:

Eine Stadt hatte ein Darlehen aufgenommen. Der Darlehensvertrag war wegen Verstoßes gegen zwingende Vorschriften der maßgebenden Städteordnung nichtig. Die Klägerin forderte Herausgabe des Darlehensbetrages, verweigerte aber die Anrechnung der in der Zwischenzeit für das Darlehen

1) BÜTTNER a. a. O. (FN 1 S. 173) S. 233 FN 4.

2) RG vom 24. 9. 1931 (VI) RGZ 133, 284.

3) RG vom 21. 4. 1932 (IV) RGZ 136, 135.

erhaltenen Zinsen. Sie berief sich darauf, daß die Stadt das Geld in die städtischen Betriebswerke investiert habe. Auf diese Weise habe sich der Betrag mindestens in Höhe der gezahlten Darlehenszinsen verzinst. Um diesen Betrag sei die Stadt ungerechtfertigt bereichert. Statt ihn herauszuverlangen, sei die Klägerin berechtigt, die geleisteten Darlehenszinsen zu behalten.

Das Reichsgericht bejahte demgegenüber das Recht der Beklagten, die geleisteten Darlehenszinsen vom Betrag der herauszugebenden Bereicherung abzusetzen. Denn nicht das hingegebene Geld, sondern der mit ihm errichtete oder vervollkommnete Betrieb habe die erzielten Nutzungen abgeworfen. Die Beklagte brauche daher die Nutzungen nicht herauszugeben. Das Argument des Berufungsgerichts, die Beklagte hätte ohne Erhalt des Darlehens das Geld von anderer Seite aufnehmen und in gleicher Höhe verzinsen müssen, so daß sie Zinsen erspart habe, verwarf es. Ersparte Zinsen seien keine Nutzung im Sinn des BGB.

Diese Rechtsprechung war problematisch. Ohne Zweifel hatten in beiden Fällen die Parteien das Geld zum Zwecke der Ertragsziehung verwandt und Nutzungen gezogen, für die die Geldleistung ursächlich war. Darauf, ob der Bereicherungsschuldner das erhaltene Geld direkt durch Darlehenshingabe zinsbringend verwendet oder in zinsbringenden Gesellschaftsanteilen oder anderweitig ertragreich anlegt, kann es dabei nicht ankommen¹⁾. In allen Fällen handelt es sich letztlich doch nur um eine zinsbringende Anlage des Geldes.

Dennoch ist die unterschiedliche Art der Beurteilung der Fälle der unmittelbaren und mittelbaren Nutzungsziehung in gewisser Weise verständlich. Denn in den Fällen, in denen davon ausgegangen worden ist, daß das geleistete Geld Zinsen erwirtschaftet hatte, ist von üblicherweise von jedermann zu erzielenden Zinsbeträgen ausgegangen worden. In den letzten beiden Fällen dagegen hatten die Schuldner in einer Form Erträge erwirtschaftet, die nicht jedermann möglich gewesen wäre. Die Stadt hatte das Darlehen in städtischen Betrieben investiert, eine Geldanlage, die nur ihr offen stand. Der Schuldner der ersten Entscheidung war Mitglied einer GmbH geworden, eine Form

1) BÜTTNER a. a. O. (FN 1 S. 173).

der Geldanlage, die auch nicht für jedermann und jederzeit üblich ist. In beiden Fällen fand daher der erzielte Ertrag seinen Ursprung in persönlichen Verhältnissen der Schuldner. Der geleistete Geldbetrag war demgegenüber für den tatsächlich erzielten Ertrag von geringer Bedeutung. Geld ist ein Vermögensgegenstand, der nicht von sich aus Ertrag erwirtschaftet, sondern dessen Ertragsfähigkeit wesentlich von den wirtschaftlichen Fähigkeiten des Geldanlegers abhängt.

Zu berücksichtigen bleibt aber, daß in allen Fällen der Bereicherungsschuldner das erhaltene Geld nutzbringend verwendet und, wenn man so will, "gebraucht" hat. Er hätte daher auf jeden Fall den Wert dieses Gebrauchs, letztlich die für die Überlassung von Geld zu zahlenden üblichen Zinsen, zahlen müssen. In diesem Sinn hat daher auch das Reichsgericht in einer späteren Entscheidung seine Rechtsprechung geändert¹⁾:

Die Klägerin, die sich wegen der Währungsumstellung in Liquiditätsschwierigkeiten befand, erhielt 1924 ein Darlehen. Bei den diesbezüglichen Vertragsverhandlungen waren die Beklagten, zu denen ein finanzieller Berater der Klägerin gehörte, als Bevollmächtigte eines ausländischen Kapitalgebers aufgetreten, während in Wirklichkeit die Darlehenssumme von ihnen selbst aufgebracht worden war. Diesen Umstand verheimlichten sie. Sie spiegelten der Klägerin vor, daß eine Kapitalbeschaffung im Inland unmöglich sei. Damit erreichten sie, daß die Klägerin auf die ihr von den Beklagten unterbreiteten ungünstigen Bedingungen des angeblich ausländischen Kapitalgebers einging und auf diese Weise überhöhte Zinsen an die Beklagten zahlte. Ende 1933 erfuhr die Klägerin von den Manipulationen der Beklagten. Mit der Klage verlangte sie von den Beklagten die Differenz zwischen den gezahlten Zinsbeträgen und den üblichen inländischen Zinssätzen.

Das Reichsgericht hob das die Klage abweisende Urteil des Berufungsgerichts auf und wies die Klage zurück. Die Beklagten seien nach §§ 812 ff. BGB zur Rückzahlung verpflichtet, da die Klägerin die Darlehensvereinbarungen mit dem vorgeschobenen ausländischen Kapitalgeber zu treffen glaubte, ein rechtswirksamer Vertragsabschluß

1) RG vom 27. 4. 1936 (IV) RGZ 151, 123; vgl. auch RG vom 26. 6. 1936 Warn. 1936 Nr. 143 S. 272.

aber mangels einer gültigen Vollmacht der Beklagten nicht zustandegekommen sei. Da die Klägerin nicht gewußt habe, daß sie zu der Zinsleistung nicht verpflichtet gewesen sei, sei sie zu der Rückforderung der geleisteten Zinsen in voller Höhe berechtigt. Sie sei aber nach § 818 BGB zum Ersatz des Wertes der Kapitalnutzung verpflichtet. Daher müsse sie sich die übliche Vergütung für eine solche Kapitalnutzung in gewerblichen Betrieben auf ihre Forderung anrechnen lassen, falls sie nicht nachweise, daß sie durch die Kapitalnutzung nicht mehr bereichert sei. Die in den früheren Entscheidungen geäußerte Auffassung hielt das RG nicht mehr aufrecht.

Verpflichtet diese Entscheidung auch nur denjenigen zum Wertersatz für die Kapitalnutzung, der geleistetes Geld in seinem Betrieb investiert, so muß doch das gleiche gelten, wenn jemand mit dem geleisteten Geld Wertpapiere oder andere Gegenstände erwirbt und aus ihnen Erträge erhält. Wie schon hervorgehoben worden ist, handelt es sich auch hierbei um eine Nutzung des geleisteten Geldes.

Zusammenfassend ergibt sich demnach aus der geschilderten Rechtsprechung des Reichsgerichts, daß derjenige Bereicherungsschuldner, der rechtsgrundlos geleistetes Geld nutzt und mit ihm Erträge erwirtschaftet, nicht zur Herausgabe der erwirtschafteten Erträge verpflichtet ist, sondern nur zum Ersatz des Wertes der getätigten Kapitalnutzung. Der Bereicherungsschuldner ist somit nicht zur Herausgabe seines tatsächlich erzielten Gewinns verpflichtet. Auch nicht, wie vielfach angenommen wird¹⁾, die "wirtschaftlich als regelmäßig zu erwartenden Erträge"²⁾ bilden den Gegenstand des Anspruchs auf Nutzungsherausgabe nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Vielmehr ergibt sich für denjenigen Bereicherungsschuldner, der rechtsgrundlos erlangtes Kapital einer Nutzung zuführt, nur eine Verpflichtung zur Vergütung der Kapitalüberlassung. Diese Vergütung, ausgerichtet an den üblichen Zinssätzen, bildet aber nur eine obere Grenze der

1) BÜTTNER a. a. O. (FN 1 S. 173) S. 233; PLANCK/LANDOIS § 818 Anm. 2 g; STAUDINGER/SEUFERT § 818 Anm. 10.

2) BÜTTNER a. a. O.

Haftung. Der Bereicherungsschuldner kann darüber hinaus seine Verpflichtung mildern, wenn er nur eine im Wert geringere Nutzung erzielt hat. Allerdings obliegt es ihm, dieses darzulegen und notfalls nachzuweisen¹⁾.

Der Bundesgerichtshof hat zunächst diese Rechtsprechung des Reichsgerichts fortgesetzt:

"Wer auf Grund eines nichtigen Vertrages Kapital erlangt hat, zu dessen Gebrauch er nicht berechtigt ist, ist auch zum Ersatz des Wertes der Kapitalnutzung, also zur Entrichtung der zur Zeit der Kapitalnutzung üblichen Vergütung verpflichtet..." 2).

Entsprechend wurde in einem Fall die Beklagte, der ohne Rechtsgrund ein Wechselkredit zur Verfügung gestellt worden war, zur Vergütung des üblichen Zinssatzes für die Kapitalüberlassung verpflichtet³⁾. In einer weiteren Entscheidung schränkte der BGH die Herausgabepflicht des Bereicherungsschuldners sogar noch weiter ein⁴⁾:

Der Erblasser der Klägerin hatte mit der Beklagten 1949 einen Kaufvertrag abgeschlossen, in dem er sich zur Übereignung mehrerer Grundstücke gegen Zahlung von 22 500 DM verpflichtete. Die Beklagten nahmen die Grundstücke in Besitz und zahlten 15 250 DM auf den Kaufpreis an. Die Umschreibung der Grundstücke wurde vom Grundbuchamt abgelehnt, da sich Unstimmigkeiten wegen der Parzellenbezeichnungen ergaben. In einem Vorprozeß ist hierauf die Nichtigkeit des Kaufvertrages wegen Dissenses rechtskräftig festgestellt worden.

In dem vorliegenden Rechtsstreit, in dem um die Abwicklung des nichtigen Vertrages gestritten wurde, hatte das Berufungsgericht die Beklagten zur Herausgabe der Grundstücke Zug um Zug gegen Zahlung von insgesamt 10 443,99 DM verurteilt. Die Revision der Beklagten richtete sich u.a. dagegen, daß das Berufungsgericht die Klägerin nur zu einer Verzinsung des Kaufpreises in Höhe von 4% verurteilt hatte. Die Beklagte verwies dazu auf ihr Vorbringen, wonach der Erblasser der Klägerin für

1) RG vom 27. 4. 1936 (IV) a. a. O. (FN 1 S. 176) S. 127.

2) BGH vom 30. 11. 1960 (V) NJW 1961, 452.

3) BGH vom 18. 4. 1962 (III) NJW 1962, 1148.

4) BGH vom 28. 6. 1961 (V) WM 1961, 1149.

den Kaufpreis ein Haus gekauft habe. Die Klägerin müsse daher die gesamten Nutzungen herausgeben, welche sie und ihr Ehemann aus dem Haus gezogen hätten. Wenigstens seien die ersparten Bankzinsen anzurechnen.

Der BGH hat die Revision insoweit zurückgewiesen. Er bekräftigte dabei, daß die Herausgabepflicht nach § 818 Abs. 1 BGB sich nicht auf die Vorteile bezöge, die die Klägerin aus den mit dem Kaufpreis rechtsgeschäftlich erworbenen Gegenständen erzielt habe. Ferner führte er aus, daß Nutzungen im Sinn des § 818 Abs. 1 BGB nicht diejenigen Zinsen seien, die der Empfänger der Leistung durch die Verwendung des erlangten Kaufpreises erspart habe, anstatt in derselben Höhe Kredit aufzunehmen. Die Klägerin habe nur den üblichen Zinssatz als Wertersatz zu vergüten.

Der Rechtsprechung des Reichsgerichts hätte es allerdings eher entsprochen, den Zinssatz an den für eine entsprechende Kapitalüberlassung zu entrichtenden Bankzinsen auszurichten, so daß der Revision hätte stattgegeben werden müssen.

In einer neueren Entscheidung scheint sich allerdings eine Änderung der Rechtsprechung des BGH anzudeuten¹⁾:

Die Klägerin, eine gemeinnützige Wohnungsbaugesellschaft, kaufte von dem Beklagten, einem Landwirt, ein im Außenbereich gelegenes Grundstück für 40 260 DM. Die nach dem BBauG zur Eigentumsumschreibung erforderliche Teilungsgenehmigung wurde nicht erteilt. Ein von der Gemeinde aufgestellter Flächennutzungsplan, der das verkaufte Gelände als Bauland auswies, wurde nicht genehmigt. Die Parteien gingen daher davon aus, daß die dem Beklagten obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich geworden sei, den keine der Parteien zu vertreten habe.

Den gezahlten Kaufpreis hatte der Beklagte zum Aus- oder Umbau landwirtschaftlicher Anlagen und zum Ankauf von landwirtschaftlichen Maschinen und von Vieh verwendet und damit bewirkt, daß der landwirtschaftliche Betrieb einen erheblichen Ertrag abgeworfen hatte.

Mit der Klage verlangte die Klägerin Rückzahlung des Kaufpreises und zusätzlich eine Nutzungsentschädigung in Höhe der üblichen Zinsen für eine entsprechende Kapitalüberlassung.

Der BGH ging davon aus, daß der Beklagte nach § 323 Abs. 3 818 Abs. 1 BGB zur Herausgabe derjenigen Vorteile verpflichtet sei, die ihm durch den Gebrauch des Geldes erwachsen seien. Zur Feststellung dieser Vorteile könne nicht mit der Revision davon ausgegangen werden, daß

1) BGH vom 4. 6. 1975 (V) NJW 1975, 1510.

allgemein derjenige, der ohne Rechtsgrund Geld empfangen habe, dieses Kapital nütze und diesen Nutzen in Form üblicher Zinsen als Wertersatz herausgeben müsse. Nach § 818 Abs. 1 BGB seien nur die gezogenen Nutzungen herauszugeben. In der Rechtsprechung sei daher in der Regel bei solchen Verwendungen, die einen bestimmten wirtschaftlichen Vorteil nach der Lebenserfahrung vermuten ließen, der übliche Zinssatz als Wert der Nutzung angesetzt worden. Habe der Bereicherungsschuldner das empfangene Geld in seinem Betrieb investiert, sei dagegen der hierdurch erzielte Ertrag oder die hierdurch erlangten Einsparungen (etwa Maschineneinsatz statt aufwendigerem Einsatz von Zugtieren) maßgebend.

Der BGH scheint mit dieser Entscheidung dem Gläubiger den Zugriff auf den Gewinn zu eröffnen, den der Bereicherungsschuldner durch die Investition des Geldes erzielt hat. Hierin würde eine Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung liegen, insbesondere von der Entscheidung vom 18. 4. 1962¹⁾, in der der Beklagte, der erlangtes Kapital in seinem Betrieb verwandt hatte, zur Vergütung der üblichen Zinsen verpflichtet wurde.

Wahrscheinlicher ist aber, daß der BGH gegenüber der den üblichen Zinssatz fordernden Revision nur zum Ausdruck bringen wollte, daß der Beklagte nur auf den tatsächlich erworbenen Ertrag haftet, wenn dieser geringer ist als der übliche Zinssatz. Da die Revision nur Wertersatz forderte, stand nämlich eine Gewinnhaftung gar nicht zur Beurteilung.

Diese zutreffende Beschränkung der Haftung auf einen geringeren Ertrag ist aber nicht, wie der BGH darlegt, eine Folge der Beschränkung der Haftung auf die gezogenen Nutzungen nach § 818 Abs. 1 BGB, sondern der Anwendung des § 818 Abs. 3 BGB. Daß der Beklagte Nutzungen gezogen hatte, stand außer Streit. Folglich hatte er für diese gezogenen Nutzungen, die in der Investition des Kapitals in seinem Betrieb zu finden sind, nach § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz zu leisten, den die bisherige Recht-

1) A. a. O. (FN 3 S. 178), ebenso von der Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 151, 123, siehe oben S. 176

sprechung an den üblichen Bankzinsen ausgerichtet hatte. Eine Verringerung dieser Haftung ergibt sich allein aus § 818 Abs. 3 BGB. Davon ist auch das Reichsgericht ausgegangen, indem es die Darlegungs- und Beweislast für eine solche Verringerung der Haftung zutreffend dem Bereicherungsschuldner auferlegt hat¹⁾.

Demgegenüber entspricht die Entscheidung des BGH nicht der dem Bereicherungsrecht zugrundeliegenden Darlegungs- und Beweislastverteilung. Es ist daher mit dem Reichsgericht daran festzuhalten, daß der Schuldner, der rechtsgrundlos erlangtes Kapital gewinnbringend verwendet, nach § 818 Abs. 1 BGB den üblichen Zinssatz als Vergütung schuldet. Der Gläubiger hat demnach seinen prozessualen Pflichten genügt, wenn er im Prozeß die Nutzung des geleisteten Geldes durch den Schuldner und den üblichen Zinssatz darlegt und notfalls beweist. Hiergegen kann der Schuldner einwenden, daß seine Bereicherung geringer sei. Dafür trägt er die Darlegungs- und Beweislast.

Der übliche Zinssatz bildet zugleich auch die obere Grenze der Bereicherungshaftung sowohl nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts als auch nach der des Bundesgerichtshofs. Ihn übersteigende Erträge hat der Schuldner daher nach der Rechtsprechung nicht herauszugeben. Er haftet daher nicht auf einen etwaigen Gewinn.

2. Die Herausgabe von Unternehmensnutzungen²⁾

Während die Rechtsprechung den Bereicherungsschuldner, der Geldnutzungen herauszugeben hat, einer Gewinnhaftung nicht unterwirft, hat sie denjenigen, der ein rechtsgrundlos erlangtes Unternehmen weitergeführt hat, in einigen Fällen auch zur Herausgabe von Geschäftsgewinnen verpflichtet. Andererseits gibt es aber auch Entscheidungen, die den Bereicherungsschuldner nur zur

1) RG vom 27. 4. 1936 (IV) RGZ 151, 123 (127); vgl. auch RG vom 10. 1. 1908 (II) Recht 1908 Nr. 1792.

2) Zum ganzen vgl. BALLERSTEDT, Festschrift für Schilling S. 289 ff.

Zahlung einer Vergütung für die Überlassung des Unternehmens verpflichtet.

Abgelehnt wurde eine Gewinnhaftung in folgendem Fall¹⁾:

Die Witwe und der minderjährige Sohn des 1944 gefallenen Inhabers einer Fleischerei hatten das in Mieträumen betriebene Geschäft 1946 an den Beklagten veräußert. Der Kaufvertrag war wegen der Versagung der erforderlichen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung unwirksam.

Mit der Klage wurde die Herausgabe des Fleischereigeschäfts mit Inventar, ferner Auskunft über Umsatz und Reineinkommen des Beklagten seit dem 1. Juli 1948 und Rechnungslegung hierüber begehrt. Der BGH wies die Klage insoweit ab, als sie auf Herausgabe des Geschäftsgewinns und auf Rechnungslegung gerichtet war.

Nach Auffassung des BGH richtet sich die wegen der Nichtigkeit des Kaufvertrags nach § 988 BGB oder aus anderen Gründen nach §§ 990, 987 BGB oder §§ 992, 823 BGB bestehende Verpflichtung des Beklagten zur Herausgabe der Nutzungen nicht auf den Reingewinn aus dem Betrieb. Denn soweit der aus einem Gewerbebetrieb gezogene Gewinn als Nutzung oder Frucht dieses Betriebs angesehen werden könne, handle es sich nicht um die Frucht einer Sache, auf die sich die einschlägigen Bestimmungen der §§ 987 ff. BGB allein bezögen. Der aus einem Gewerbebetrieb gezogene Gewinn stehe vielmehr den Rechtsfrüchten im Sinn des § 99 Abs. 2 BGB am nächsten. Die Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung der §§ 987 ff. BGB verneinte das Gericht. Anders als bei den reinen Sachnutzungen beruhe der aus einem Gewerbebetrieb gezogene Gewinn in wesentlich stärkerem Maße auf den persönlichen Fähigkeiten und Leistungen desjenigen, der die Nutzungen gezogen habe. Sie seien in der Regel mehr ein Ergebnis dieser persönlichen Leistungen als das rein gegenständliche Produkt des Betriebs. Soweit aber der Kläger Herausgabe der reinen Sachnutzungen oder Schadensersatzansprüche geltend machen können, seien dies Ansprüche in ihrer Höhe von dem durch den Beklagten erzielten Geschäftsgewinn unabhängig.

Ein Anspruch auf Auskunftserteilung gründe sich auch nicht auf die §§ 687 Abs. 2, 681, 666 BGB, weil der Beklagte die im Rahmen des Gewerbebetriebs getätigten Geschäfte als eigene abgeschlossen habe. Den aus diesen Geschäften gezogenen Gewinn als solche könne der Kläger nicht beanspruchen.

Da die Entscheidung des BGH sich auf §§ 987 ff. BGB stützt, ist sie an sich für die vorliegende Untersuchung

1) BGH vom 25. 9. 1952 (IV) BGHZ 7, 208.

zur Gewinnhaftung im Bereicherungsrecht nicht einschlägig. Es ist daher zu fragen, ob der BGH zum gleichen Ergebnis gekommen wäre, wenn nicht §§ 987 ff. BGB, sondern § 818 Abs. 1 BGB Anwendung gefunden hätte. Das wäre der Fall gewesen, wenn eine wirksame Übereignung des Betriebsvermögens auf den Beklagten erfolgt wäre. Da § 818 Abs. 1 BGB die Herausgabepflicht auch auf Rechtsfrüchte erstreckt¹⁾ und der BGH den Gewinn aus dem Gewerbebetrieb den Rechtsfrüchten zuordnete, könnte man daraus schließen, daß er bei Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts eine Gewinnhaftung befürworten müßte.

Man sollte aber in dieser Zuordnung der Gewinne zu den Rechtsfrüchten nicht das ausschlaggebende Argument sehen, das zur Ablehnung der Gewinnhaftung bei Anwendung von §§ 987 ff. BGB führt. Die §§ 987 ff. BGB betreffen deshalb nur Sachfrüchte, weil mit § 985 BGB nur die Herausgabe von Sachen verlangt werden kann. Geht es wie im vorliegenden Fall sachlich um die Herausgabe eines Gewerbebetriebs, müssen, will man diesen Fall nach §§ 987 ff. BGB beurteilen, diese Vorschriften entsprechend auch für die Unternehmensnutzungen gelten²⁾.

In Wirklichkeit geht es dem BGH um eine Begrenzung des Haftungsumfangs, die nicht davon abhängen kann, ob man die Gewinne den Sach- oder Rechtsfrüchten zuordnet oder ob § 818 Abs. 1 BGB oder §§ 987 ff. BGB anzuwenden sind. Denn das Argument des BGH für die Ablehnung der Gewinnhaftung, daß nämlich der Gewinn aus einem Gewerbebetrieb mehr ein Ergebnis der persönlichen Fähigkeiten und Leistungen des Unternehmers als das rein gegenständliche Produkt des Betriebes darstelle, gilt in allen diesen Fällen.

1) In dem geschilderten Fall fand § 818 Abs. 1 BGB i.V.m. § 988 BGB analog Anwendung, da der Beklagte den Besitz rechtsgrundlos erlangt hatte. In diesem Fall bezieht sich aber auch § 818 Abs. 1 BGB nur auf Sachnutzungen, vgl. BASSENGE JR 1975, 326 (327).

2) So jetzt auch der BGH: Entscheidung vom 8. 1. 1975 (VIII) NJW 1975, 638 = JR 1975, 32 mit Anm. von BASSENGE in Anschluß an SOERGEL/MÜHL § 987 Rdnr. 2.

In den Gründen der Entscheidung vom 3. 11. 1955¹⁾ wird denn auch vom BGH nicht zwischen der Anwendung der §§ 987 ff. BGB und der Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung unterschieden. Denn der BGH erörtert die Gewinnhaftung ohne Differenzierung sowohl für den nichtigen Pacht- als auch für den nichtigen Kaufvertrag. Seine Aussagen zu einer Gewinnhaftung nach §§ 987 ff. BGB gelten daher gleichermaßen für die Haftung nach § 818 Abs. 1 BGB.

Ebenso wie der BGH hat das OLG Köln eine Gewinnhaftung bezogen auf Unternehmensgewinne abgelehnt²⁾:

Die Klägerin verlangte Auskunftserteilung und Rechnungslegung über den Gewinn aus einem Kinounternehmen, um auf diese Weise ihre vermeintliche Gewinnbeteiligung errechnen zu können. Das OLG wies die Klage ab.

Es führte aus, daß ein Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung nach §§ 260, 987 ff. BGB bestehen könnte. Der aus einem Kinobetrieb gezogene Gewinn gehöre aber nicht zu den Sachfrüchten nach § 99 Abs. 1 BGB, so daß eine Anwendung von § 987 BGB entfalle. Auch eine entsprechende Anwendung der Vorschrift müsse ausscheiden. Die Klägerin könne ihren Anspruch auch nicht mit der Erwägung halten, daß unter den Begriff Nutzungen auch die Gebrauchsvorteile fielen, die der Beklagte aus der Verfügung über die Betriebsgegenstände gehabt habe:

"Der Anspruch auf Ersatz von Gebrauchsvorteilen i.S. der § 987 und § 100 wird in seinem Umfang nämlich nicht durch die Höhe des aus einem derartigen Betriebe erzielten Gewinns bestimmt. Für den Ersatz der Gebrauchsvorteile ist vielmehr deren objektiver Wert maßgebend. Dieser bemißt sich dem zur Zeit der Benutzung geltenden Miet- oder Pachtwerte ..."

Zu einer Herausgabe des Geschäftsgewinns verpflichtet wurde dagegen der Herausgabepflichtige in folgenden Entscheidungen des BGH:

Urteil vom 3. 3. 1954³⁾: Der Kläger war Eigentümer einer realkonzessionierten Apotheke. Nach Ablauf eines Pachtvertrages am 1. 7. 1950 hatte der beklagte Pächter die Apotheke noch bis zum 19. 10. 1951 weiterbetrieben. Der Kläger verlangte die Herausgabe der Nutzungen.

1) BGH (II) WM 1956, 91; siehe unten S. 185.

2) OLG Köln vom 13. 11. 1959 JMB1NRW 1960, 180.

3) BGH (VI) LM Nr. 3 zu § 987 BGB.

Der BGH entschied, daß der Beklagte die seit Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs erzielten Gewinne herauszugeben habe. Die durch den Weiterbetrieb der Apotheke erzielten Gewinne seien nach §§ 99 Abs. 2, 100 BGB Nutzungen des Apothekenbetriebsrechts gewesen, die der Beklagte nach §§ 292 i. Verb. mit § 987 BGB herauszugeben habe. Die Entscheidung vom 25. 9. 1952 stehe dem nicht entgegen. Die für einen Fleischereibetrieb angemessene Betrachtung könne nicht ohne weiteres auf den besonderen Fall einer Apotheke übertragen werden, der durch die Realkonzession eine gewisse örtliche Monopolstellung im Verkauf von Arzneimitteln eingeräumt worden sei. Der entscheidende Unterschied liege aber darin, daß in der genannten Entscheidung die entsprechende Anwendung des nur für Sachnutzungen geltenden § 987 BGB auf zivile Rechtsfrüchte abgelehnt worden sei, während im vorliegenden Falle die Sondervorschrift des § 292 BGB eingreife, die die Anwendung des § 987 BGB auf Nutzungen aller Gegenstände ausdrücklich anordne, zu deren Herausgabe der Beklagte verurteilt sei.

Ist in dieser Entscheidung die Gewinnhaftung nur für die Zeit nach Rechtshängigkeit der Herausgabeklage bejaht worden, so wird sie in späteren Entscheidungen ganz allgemein befürwortet:

Urteil vom 3. 11. 1955¹⁾: Der Beklagte hatte seit 1945 als Treuhänder ein Filmtheater des Klägers geführt, dessen Vermögen nach Kriegsende aus politischen Gründen einer Sperre unterlag. In den Jahren 1946 und 1947 abgeschlossene Verträge über eine Verpachtung des Filmtheaters an den Beklagten fanden nicht die erforderliche behördliche Zustimmung. Mit der Klage verlangte der Kläger einen Teilbetrag des Reingewinns des Beklagten. Der Klage wurde stattgegeben.

Für die Zeit, in der der Beklagte wußte, daß die behördliche Genehmigung der Pachtverträge noch nicht erteilt worden war, bejahte der BGH eine Verpflichtung zur Gewinnherausgabe nach § 667 bzw. §§ 687 Abs. 2, 681, 667 BGB. Für einen Zeitraum von etwa drei Monaten, für die der BGH davon ausging, daß der Beklagte das Filmtheater rechtsirrtümlich in der Meinung geführt habe, zum Betrieb auf eigene Rechnung berechtigt zu sein, bejahte er eine Verpflichtung zur Herausgabe des Geschäftsgewinns nach § 818 Abs. 1 BGB. Der Begriff der Nutzungen (§ 100 BGB) sei nicht auf die Früchte einer Sache oder eines Rechts beschränkt; er umfasse vielmehr auch den Gewinn eines Unternehmens des Wirtschaftslebens. Das Gericht betonte aber, daß der Anspruch auf Herausgabe des Gewinns nach der besonderen Gestaltung des Einzelfalls zu beurteilen sei. So könne sich eine Einschränkung des Herausgabeanspruchs bei Überlassung auf Grund eines nichtigen Kauf-

1) BGH (II) WM 1965, 91.

oder Pachtvertrags unter dem Gesichtspunkt ergeben, daß der Gewinn wesentlich auf den persönlichen Leistungen oder Fähigkeiten desjenigen beruhe, der die Einnahmen erzielt habe. Im vorliegenden Fall sei aber nicht anzunehmen, daß die Einnahmen des Betriebs während der betreffenden drei Monate im wesentlichen auf den in dieser Zeit entfalteten persönlichen Fähigkeiten und Leistungen des Beklagten beruhten.

Urteil vom 8. 1. 1975¹⁾: Durch Vertrag vom 31. 10. 1971 hatte der Kläger dem Beklagten einen Betrieb "Amanda gewerbliche Zimmervermietung mit Bar" verpachtet, in dem ein Bordell betrieben wurde. Mit der Klage verlangte der Kläger den Pachtzins, der monatlich 9000 DM betrug, für die Zeit vom 1. 2. bis zum 15. 3. 1972. Der Beklagte bestrief sich demgegenüber auf die Sittenwidrigkeit des Pachtvertrags. Das Berufungsgericht hatte die Klage abgewiesen. Die Revision des Klägers führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Der BGH rügte, daß das Berufungsgericht von der Sittenwidrigkeit des Pachtvertrags ausgegangen sei, ohne hierfür die notwendigen Feststellungen getroffen zu haben. Zum Umfang des geltend gemachten Anspruchs führte der BGH aus, daß er keinesfalls über den objektiven Pachtwert hinausgehen könne, falls das Berufungsgericht auch nach neuer Sachaufklärung und Beweiserhebung die Sittenwidrigkeit des Vertrages bejahe.

Für den BGH folgt diese Anspruchsbegrenzung aber nicht daraus, daß der auf § 987 BGB gestützte Anspruch grundsätzlich nur den objektiven Pachtwert erfasse. Vielmehr bejaht er ausdrücklich, daß dann, wenn ein Gewerbebetrieb vermietet oder verpachtet worden sei, zu den herauszugebenden Nutzungen in entsprechender Anwendung des § 987 BGB auch die Gewinne aus einem solchen Betrieb zu rechnen seien. Eine Ausnahme ergebe sich nur, wenn der Gewinn ausschließlich auf persönlichen Leistungen oder Fähigkeiten des Pächters beruhe.

Für den vorliegenden Fall galt nach Auffassung des BGH nur deshalb etwas anderes, weil der Anspruch aus § 987 nicht einen sittenwidrigen Gewinn erfasse. Versage die Rechtsordnung einen vertraglichen Anspruch wegen Sittenwidrigkeit des ihm zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts, so behalte er diesen Makel auch, soweit er auf eine andere Rechtsgrundlage gestützt werde.

Die angeführten Entscheidungen lassen deutlich werden, daß der BGH anfänglich eine Erstreckung der Nutzungshaftung auf Gewinne aus einem Gewerbebetrieb abgelehnt hat. Später hat er dagegen auch den Geschäftsgewinn als eine

1) BGH (VIII) BGHZ 63, 365 = JR 1975, 326 mit Anm. von BASSENGE = JZ 75, 439 mit Anm. von HONSELL.

Nutzung angesehen, die sowohl nach § 818 Abs. 1 BGB als auch nach § 987 BGB herauszugeben sei. Allerdings hat er mit dieser Rechtsprechung eine Einschränkung verbunden. Eine Verpflichtung zur Gewinnherausgabe entfällt nämlich dann, wenn der erzielte Gewinn wesentlich auf den persönlichen Leistungen oder Fähigkeiten des Herausgabepflichtigen beruht. Geschäftsgewinne sind daher nur herauszugeben, wenn sie durch eine im üblichen Rahmen bleibende Fortführung des geleisteten Gewerbebetriebs erzielt worden sind.

Die Rechtsprechung zur Herausgabe von Geschäftsgewinnen unterscheidet sich demnach von der Rechtsprechung, die die Herausgabe von Geldnutzungen oder die Herausgabe von Veräußerungserlösen nach § 818 Abs. 1 BGB betrifft¹⁾. Während in diesen beiden Fällen eine Gewinnhaftung abgelehnt worden ist, wird sie in jenem Fall befürwortet. Bemerkenswert ist dabei, daß die Rechtsprechung zu einer Gewinnhaftung kommt, obwohl sie anerkennt, daß Gewinne auf Grund von persönlichen Leistungen der Herausgabepflichtigen verbleiben sollen. Denn gerade mit diesem Argument wird an sich die Gewinnhaftung in vollem Umfang abgelehnt²⁾.

Diese Differenzierung, die die Rechtsprechung vornimmt, wird verständlich, wenn man die Eigenarten der jeweils geleisteten Gegenstände berücksichtigt. Geleistetes Kapital wirft nicht ohne weiteres Nutzungen ab, sondern der Gewinn, den der Bereicherungsschuldner erzielt, ist wesentlich abhängig von der Initiative, den Fähigkeiten des Schuldners und vor allem auch von den Investitionsmöglichkeiten, die dem Schuldner überhaupt zur Verfügung stehen³⁾. Demgegenüber ist ein Gewerbebetrieb auf die Erzielung eines bestimmten Ertrages ausgerichtet, den er bei Fortführung seines Unternehmens abwirft. Während daher im erstgenannten Fall

1) Siehe oben S. 173 ff.

2) Vgl. VON CAEMMERER, Festschrift für Rabel S. 356 = Ges. Schr. S. 232; ders. JR 1959, 462.

3) So wird nicht jedermann GmbH-Anteile erwerben können oder erlangtes Geld in einem Unternehmen investieren können. Siehe oben S. 174.

der Bereicherungsschuldner den erlangten Gegenstand (Geld) erst einer bestimmten Nutzung zuführen muß und sein Gewinn davon abhängt, welche Nutzung er wählt und überhaupt wählen kann, erhält er im zweiten Fall einen Gegenstand (Gewerbebetrieb), dessen übliches Produkt der Geschäftsgewinn darstellt. Zur Erzielung dieses Gewinns sind nicht besondere Initiativen von Seiten des Schuldners, sondern nur eine Fortführung des vom Gläubiger begonnenen Betriebes notwendig. Die Situation des Herausgabepflichtigen ähnelt daher der Situation desjenigen, der nach Leistung einer Aktie nun die Dividenden erhält, der eine rechtsgrundlos erhaltene Obstbaumpflanzung aberntet oder der nach Leistung eines Hausgrundstücks nun die Mieten einzieht, die noch aus den vom Leistenden abgeschlossenen Mietverträgen geschuldet werden. Davon zu unterscheiden sind die Fälle, in denen geleistetes Kapital gewinnbringend in Aktien angelegt worden ist, in denen eine geleistete Wiese in eine Obstbaumpflanzung umgewandelt worden ist oder in denen der Herausgabepflichtige ein erlangtes Grundstück durch Abschluß neuer vorteilhafter Mietverträge einer besseren Nutzung zugeführt hat. In diesen Fällen basiert der Gewinn wesentlich auf der Initiative des Bereicherungsschuldners.

Will man wie die Rechtsprechung dem Schuldner einen Gewinn belassen, der auf seinen persönlichen Leistungen und Fähigkeiten basiert, ist es daher folgerichtig, in diesen Fällen eine Gewinnhaftung vollständig abzulehnen. In den Fällen, in denen ein Gewerbebetrieb geleistet worden ist, der, so wie er geleistet worden ist, Geschäftsgewinne abwirft, muß man ihn dagegen zur Gewinnherausgabe verpflichten, soweit er nicht durch persönliche Leistungen den Gewinn des Unternehmens gesteigert hat.

Wir treffen hier auf eine Fallgruppenbildung, die sich auch im amerikanischen Recht findet. Das Restatement of Restitution unterscheidet zwischen herauszugebenden "direct products" und den dem Schuldner verbleibenden "indirect products". Zu den "direct products" gehören

z. B. die Mieterträge aus einem gekauften Hausgrundstück, wenn der Käufer in bestehende Mietverträge eingetreten ist. Den "indirect products" werden zugerechnet Verkaufserlöse und diejenigen Erträge, die durch eigene Investitionen des Restitutionsschuldners erwirtschaftet werden, Mieterträge z. B., wenn der Restitutionsschuldner selbst Mietverträge über den ihm geleisteten Gegenstand abgeschlossen hat. Statt der "indirect products" schuldet der Herausgabepflichtige lediglich Wertersatz für den Gebrauch der Sache¹⁾.

3. Die Herausgabe von Nutzungen in den übrigen Fällen.

Daß die dem amerikanischen Recht entstammende Unterscheidung zwischen "direct products" und "indirect products" auch der deutschen Rechtsprechung zur Nutzungsherausgabe nach § 818 Abs. 1 BGB zugrunde liegt, zeigen auch die übrigen Entscheidungen zur Nutzungsherausgabe.

So hat es die Rechtsprechung abgelehnt, den Bereichungsschuldner zur Herausgabe von Geschäftsgewinnen zu verpflichten, wenn er nicht einen Gewerbebetrieb vom Leistenden übernommen, sondern ihn erst mit rechtsgrundlos erhaltenen Gegenständen errichtet hat. Das Reichsgericht hat in einer Entscheidung²⁾ ausgeführt, daß derjenige, der ein Ladenlokal aufgrund eines nichtigen Mietvertrags benutzt hat, als Nutzung nicht den Geschäftsgewinn herauszugeben hat, sondern nur den objektiven Gebrauchswert des Ladens ersetzen muß, falls nicht der Geschäftsgewinn geringer ist (§ 818 Abs. 3 BGB). Der Bundesgerichtshof hat denjenigen, der mit fremden Maschinen und Einrichtungsgegenständen einen Druckereibetrieb errichtet hatte, nicht zur Herausgabe des Geschäftsertrags, sondern zum Ersatz des objektiven Miet- bzw. Pachtwerts der Gegenstände verpflichtet. Dieser objektive Wert sei der

1) Zum ganzen siehe oben S. 49 f. mit weiteren Nachweisen.
2) RG vom 10. 1. 1908 (II) Recht 1908 Nr. 1792.

Höchstbetrag, den der Besitzer zu entrichten habe¹⁾. Diese Rechtsprechung hat er auch für die Leistungskondiktion bestätigt²⁾:

Der Beklagte war Eigentümer eines Hausgrundstücks, das er an den Kläger vermietet hatte, damit dieser darin ein Bordell einrichten und betreiben konnte. Neben den laufenden Pachtzinsen hatte der Kläger eine Kautions in Höhe von 12 000.- DM zu entrichten. Nachdem der Kläger in einem Vorprozeß zur Räumung des Grundstücks verurteilt worden war, verlangte er mit der Klage die Rückzahlung der Kautions. Hiergegen rechnete der Beklagte mit Ansprüchen auf Nutzungsentschädigung auf. Der Kläger hatte allerdings zuerst den vereinbarten Pachtzins und später eine Vergütung in Höhe des objektiven Mietwertes bis zur Räumung gezahlt.

Das Berufungsgericht gestand dem Beklagten darüber hinaus aus § 987 Abs. 1 BGB grundsätzlich die Einnahmen zu, die der Kläger aus der Zimmervermietung an Prostituierte erwirtschaftet hatte. Nach seiner Auffassung stand diesen Ansprüchen aber § 817 Satz 2 BGB entgegen, so daß die Aufrechnung des Beklagten nicht durchgriff.

Der BGH wies die Revision des Beklagten gegen dieses Urteil zurück. Der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts schloß er sich aber nicht an. Obwohl der Vertrag nach § 138 BGB nichtig gewesen sei, könne der Beklagte nicht die Einnahmen des Klägers aus § 987 Abs. 1 BGB verlangen. Diese Bestimmung beziehe sich nur auf Sachnutzungen. Das seien nach § 100 BGB nur die unmittelbaren und die mittelbaren Früchte (§ 99 Abs. 1 und 3 BGB) und die Gebrauchsvorteile der Sache. Zu diesen Sachnutzungen gehörten aber nicht die besonderen Gewinne, die der Kläger aus der Vermietung der Zimmer an Prostituierte erzielt habe. Der Anspruch des Beklagten richte sich allein auf die Erstattung des Wertes der Gebrauchsvorteile des Grundstücks, mithin auf seinen objektiven Mietwert. Diese Beträge habe der Beklagte aber schon erhalten, so daß ihm keine aufrechenbaren Forderungen zustünden.

Der BGH übersieht allerdings bei seiner Entscheidung, daß es sich bei den Erträgen, die der Kläger durch die Vermietung von Zimmern an Prostituierte erworben hatte, um mittelbare Sachnutzungen gehandelt hat³⁾. die unstreitig von § 987 Abs. 1 BGB erfaßt werden⁴⁾. Die Entscheidung

1) BGH vom 22. 3. 1954 (VI) JR 1954, 460.

2) BGH vom 9. 6. 1969 (VIII) WM 1969, 1083.

3) PALANDT/HEINRICHS § 99 Anm. 2 b.

4) ROTH folgert daher aus § 987 die Gewinnhaftung, a. a. O. (FN 1 S. 172).

läßt sich daher nur begründen, wenn man die Unterscheidung von "direkter" und "indirekter Nutzung" zugrunde legt. Der Mietzins aus Verträgen, die noch der Leistende selbst abgeschlossen hat, ist dann "direkte" Nutzung und daher auch dann in voller Höhe herauszugeben, wenn er den objektiven Mietwert des Grundstücks übersteigt. Der Mietzins aus Verträgen, die der Bereicherungsschuldner abgeschlossen hat, stellt dagegen eine "indirekte" Nutzung dar. Vermochte er, einen vorteilhaften über dem objektiven Mietwert liegenden Ertrag zu erwirtschaften, gebührt ihm dieser Ertrag, seine Haftung beschränkt sich auf den Ertrag des objektiven Mietwertes.

Diese vom BGH zwar nicht explizit, aber doch im Ergebnis getroffene Unterscheidung wird auch in der Literatur vertreten¹⁾. Dogmatisch läßt sie sich damit begründen, daß die Erträge, die der Bereicherungsschuldner durch eigene unternehmerische Tätigkeit erwirtschaftet, sachlich dem "commodum ex negotiatione cum re"²⁾ an die Seite zu stellen sind³⁾, die im Gegensatz zum "commodum ex re" nach dem im Wortlaut des § 818 Abs. 1 BGB zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers nicht der Bereicherungshaftung unterliegen sollen⁴⁾.

Die Unterscheidung zwischen "direkter" und "indirekter Nutzung" bestimmt auch die Rechtsprechung zur Herausgabe von Gebrauchsvorteilen. Durchweg wird nicht der vom Bereicherungsschuldner erzielte Ertrag, sondern der objektive Wert des Gebrauchsvorteils zum Gegenstand des Anspruchs bestimmt:

-
- 1) Vgl. insbesondere OERTMANN § 818 Anm. 2 c in Verb. mit § 604 Anm. 3, der zwischen den Akzessionen und dem sog. "lucrum ex negotiatione perceptum" unterscheidet, das nicht die Sache selbst abwirft, sondern erst die besondere Tätigkeit des Schuldners, ferner LOEWENHEIM NJW 1961, 871. Eine Begrenzung der Haftung befürworten auch PLANCK/LANDOIS § 818 Anm. 2 e, g; STAUDINGER/SEUFERT § 818 Rdnr. 10.
 - 2) D. h. den Vorteilen, die durch eine rechtsgeschäftliche Veräußerung des Gegenstandes erzielt worden sind.
 - 3) LOEWENHEIM a. a. O. (oben FN 1).
 - 4) Protokolle MUGDAN II S. 1185.

"Nutzungen einer Sache sind nach § 100 BGB Früchte der Sache sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache gewährt. Zu den letzteren Vorteilen ist auch der Nutzen zu rechnen, den es für den Besitzer hat, daß er die Sache benutzt. Insbesondere hat dies, (...), zu gelten von dem Gebrauchsvorteil, der sich aus dem Benutzen eines Hauses zum Wohnen, eines Grundstücks zum Betriebe einer Fabrik ergibt. Da dieser Gebrauchsvorteil vom Besitzer nicht 'herausgegeben' werden kann, muß er dem Eigentümer den Wert in Geld vergüten." 1)

Dementsprechend ist vom Reichsgericht für den Fall, daß der Bereicherungsanspruch auf Rückübertragung einer Lizenz geht, die Nutzung nicht in den Vorteilen des Geschäftsbetriebs, in dem die Lizenz verwendet worden ist, gesehen worden. Vorteil sei auch hier als Höchstbetrag der objektive Wert des Gebrauchs des Rechts²⁾. Diese Linie ist von der Rechtsprechung bis heute beibehalten worden³⁾.

B. Die Herausgabe von Gewinnen nach anderen Vorschriften.

I. §§ 687 Abs. 2, 681, 667 BGB.

Eine umfassende Verpflichtung zur Gewinnherausgabe besteht dagegen nach §§ 687 Abs. 2, 681, 667 BGB, wenn die Gewinnerzielung eine unechte Geschäftsführung ohne Auftrag im Sinne dieser Vorschriften darstellt. Voraussetzung einer unechten Geschäftsführung ohne Auftrag ist die Führung eines objektiv fremden Geschäfts und die Kenntnis des Geschäftsführers von der Fremdheit dieses Geschäfts⁴⁾.

1) RG vom 11. 10. 1919 (V) Seuff. A. 75 (1920) Nr. 101 S. 176.

2) RG a. a. O. (FN 2 S. 189).

3) BGH vom 10. 4. 1963 (V) IM Nr. 3 zu § 988 BGB; BGH vom 10. 11. 1965 (VIII) BGHZ 44, 241; BGH vom 28. 6. 1967 (VIII) NJW 1968, 197; BGH vom 21. 2. 1973 (VIII) Warn. 1973 I Nr. 42 S. 108; HansOLG vom 28. 5. 1953 MDR 1953, 614; SchlOLG vom 30. 10. 1953 SchlHA 1953, 284; OLG Hamm vom 8. 7. 1970 NJW 1970, 2296; HansOLG vom 26. 7. 1973 MDR 1974, 584.

4) PALANDT/THOMAS § 687 Anm. 2 a und b.

Der Bereicherungsschuldner, der unter Verwendung rechtsgrundlos geleisteter Gegenstände Gewinne erzielt, führt demnach immer dann ein fremdes Geschäft, wenn ihm durch die Leistung die dingliche Berechtigung nicht verschafft worden ist, sei es, daß - wie im Fall einer unwirksamen Vermietung oder Verpachtung - nur der Besitz geleistet werden sollte, sei es, daß eine Übereignung an der fehlenden Zustimmung eines gesetzlichen Vertreters scheiterte oder sowohl das obligatorische als auch das dingliche Geschäft unwirksam oder anfechtbar war.

Da § 687 Abs. 2 BGB das Bewußtsein, ein fremdes Geschäft zu führen, voraussetzt, sieht sich allerdings nur derjenige, der die Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit des dinglichen Geschäfts kannte, der Gewinnhaftung nach dieser Bestimmung ausgesetzt. Daher ist nach diesen Vorschriften nur der bösgläubige, nicht aber der gutgläubige Schuldner zur Gewinnherausgabe verpflichtet.

II. § 985 in Verb. mit § 281 BGB.

Sind sowohl der obligatorische Vertrag als auch der dingliche Übereignungsakt unwirksam, könnte allerdings auch der gutgläubige Leistungsempfänger zur Herausgabe eines Verkaufsgewinns nach § 985 in Verb. mit § 281 BGB verpflichtet sein. Dafür müßten aber zwei Voraussetzungen erfüllt sein:

- (1) § 281 BGB müßte auch zur Herausgabe eines durch Verkauf der Sache erzielten Erlöses einschließlich eines etwaigen Gewinns verpflichten, und
- (2) § 281 BGB müßte auf § 985 BGB anwendbar sein.

Nach einhelliger Auffassung verpflichtet § 281 BGB auch zur Herausgabe eines Verkaufserlöses. Diese Herausgabepflicht soll auch einen Veräußerungsgewinn umfassen¹⁾. Dagegen soll nach umstrittener, aber wohl h. M. § 281 BGB nicht auf § 985 BGB Anwendung finden²⁾.

1) STAUDINGER/WERNER § 281 Rdnr. 10; BGB-RGRK/ALFF § 281 Rdnr. 3, jeweils m. w. N.; ENNECCERUS/LEHMANN § 46 I 3, S. 202 f.

2) Vgl. die Nachweise bei JOCHEM MDR 1975, 177 FN 3 - 10.

Eine Gewinnhaftung nach § 985 BGB in Verb. mit § 281 BGB scheidet demnach aus.

Das bedeutet, daß sich aus dem Zusammenspiel der Regelungen der §§ 812 ff. BGB und der §§ 687 Abs. 2, 681, 667 BGB nach deutschem Recht eine unterschiedliche Haftung des gutgläubigen und des bösgläubigen Leistungsempfängers ergibt, wie sie auch im amerikanischen Recht feststellbar war¹⁾. Während der bösgläubige Leistungsempfänger verpflichtet ist, erzielte Gewinne herauszugeben, haftet der Gutgläubige dem Leistenden nur auf Wertersatz.

III. §§ 823, 826, 989, 990, 992 in Verb. mit § 252 BGB.

Eine Berücksichtigung der Deliktsvorschriften im Rahmen einer Untersuchung zur Gewinnhaftung wird auf Bedenken stoßen. Dogmatisch ist der entgangene Gewinn, auf den sich die Schadensersatzverpflichtung erstreckt, von dem erwirtschafteten Gewinn des Bereicherten streng zu unterscheiden²⁾. Der erzielte Gewinn ist nicht identisch mit dem entgangenen Gewinn, so daß eine Subsumtion unter § 252 BGB nicht möglich ist.

Praktisch wird aber in vielen Fällen der entgangene Gewinn des Geschädigten quantitativ dem Gewinn des Bereicherten entsprechen. Das wird vor allem dann der Fall sein, wenn sich die geschäftliche Situation des Geschädigten und die des Bereicherten nicht wesentlich voneinander unterscheiden, insbesondere wenn die Möglichkeit, die gegebenen Marktchancen wahrzunehmen, beiden Parteien in gleichem Maße offenstehen. Auch wenn der geleistete Gegenstand auf eine bestimmte Art der Gewinnerzielung ausgerichtet ist, was z. B. bei einem Gewerbebetrieb oder bei einem auf Herstellung eines bestimmten Stoffes gerichteten Patentes der Fall sein kann, werden sich erzielter

1) Siehe oben S. 62 ff.

2) PALANDT/HEINRICHS § 252 Anm. 2.

und entgangener Gewinn im wesentlichen entsprechen.

Der erzielte Gewinn des Bereicherten kann daher im Rahmen der Beweiswürdigung nach § 287 ZPO eine ausreichende Grundlage für die Schätzung des entgangenen Gewinns abgeben¹⁾. Über den Weg des Ersatzes von entgangenem Gewinn nach § 252 BGB kann somit in vielen Fällen der Bereicherte zur Herausgabe seines rechtswidrig erzielten Gewinns verpflichtet werden²⁾. Seine Bedeutung wird § 252 BGB aber im wesentlichen in den Fallvarianten der Eingriffskondition entfalten. Im Rahmen der Leistungskondition werden sich die Anwendungsbereiche von § 252 BGB und § 687 Abs. 2 BGB im wesentlichen decken.

C. Der Umfang der Gewinnhaftung nach § 687 Abs. 2 BGB.

I. Die Anrechnung von Kosten.

Macht der Gläubiger seinen Anspruch aus §§ 687 Abs. 2 Satz 1, 681 Satz 2, 667 BGB auf Herausgabe des vom Schuldner erzielten Gewinns geltend, kann dieser nach § 687 Abs. 2 Satz 2, 684 Satz 1 BGB den Ersatz seiner Aufwendungen nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verlangen. Die Pflicht zur Gewinnherausgabe erstreckt sich danach nur auf den vom Schuldner erzielten Reingewinn unter Abzug aller zur Gewinnerzielung aufgewandten Kosten³⁾.

Umstritten ist dabei, ob der eigenmächtige Geschäftsführer eine Vergütung verlangen kann. Gegen einen Anspruch auf Vergütung richtet sich der Einwand, daß es dem

1) Der entgangene Gewinn kann nach § 287 ZPO geschätzt werden: BGH vom 17. 12. 1963 (V) = NJW 1964, 661 (663); KLAUSER JZ 1968, 167 (168).

2) Die Berechnung des entgangenen Gewinns auf der Basis des vom Schädiger erzielten Gewinns findet sich auch in anderen Rechtsordnungen. Für die Schweiz und Frankreich vgl. STOLL S. 121; für die USA vgl. ROSENBERG S. 293 m. w. N.

3) BGH vom 29. 5. 1962 (I) = BGH NJW 1962, 1507.

Rechtsbrecher nicht gestattet werden dürfe, aus seinem rechtswidrigen Eingriff Vorteile zu ziehen¹⁾. Andererseits ist mit der amerikanischen Rechtsprechung²⁾ zu erwägen, daß die gewinnbringende Tätigkeit des Eingreifers objektiv den Interessen des Verletzten dient und diesem letztlich zugute kommt. Da der Aufwendungsersatzanspruch sich nach Bereicherungsrecht regelt, ist an eine Anwendung der Regeln über die aufgedrängte Bereicherung zu denken. Der eigenmächtige Geschäftsführer könnte danach dann eine Vergütung verlangen, wenn seine Eigenleistungen den Interessen des Verletzten dienen, z. B. wenn der Verletzte eine gewinnbringende Verwertung beabsichtigte und zu diesem Zweck auf entsprechende Leistungen hätte zurückgreifen müssen. Ausschlaggebend für den Umfang der Vergütung wäre dann der Preis, den der Verletzte für die vom Geschäftsführer erbrachten Leistungen anderweitig hätte zahlen müssen.

II. Eigene Beitragswerte des Gewinnhaftenden.

Nicht in jedem Fall ist der erzielte Gewinn allein auf die Führung eines fremden Geschäfts zurückzuführen. Er kann auch zugleich ein Produkt der Verwendung eigener Rechtsgüter des eigenmächtigen Geschäftsführers bilden. Diesem Umstand hat die Rechtsprechung in Entscheidungen, die zur Gewinnhaftung bei Verletzung von Immaterialgüterrechten ergangen ist, Rechnung getragen, indem sie eine Aufteilung des Gewinns in dem Verhältnis der den Gewinn verursachenden Beitragswerten angeordnet hat³⁾. Ebenso entscheiden die amerikanischen Gerichte⁴⁾.

Hat der eigenmächtige Geschäftsführer eine eigene bewegliche Sache mit einer beweglichen Sache des Verletzten dergestalt verbunden, daß beide eine einheitliche

1) HAINES S. 134 m. w. N.

2) Siehe oben S. 99 f.

3) RG vom 15. 11. 1937 (I) = RGZ 156, 321 (326) = JW 1938, 320; BGH vom 24. 1. 1961 = BGHZ 34, 320 (323) - Vitalsulfat -.

4) Siehe oben S. 100 f.

Sache bilden, erwirbt er das Eigentum an der entstandenen Sache, wenn der von ihm geleistete Beitrag im Verhältnis zur Sache des Verletzten als Hauptsache anzusehen ist, § 947 BGB. Dem Verletzten steht dann nur ein Wertersatzanspruch nach § 951 Abs. 1 Satz 1 BGB zu, nicht aber ein Anteil an dem Gewinn, den der Geschäftsführer unter Verwendung der neu entstandenen Sache erzielt. Denn dieser führt als Eigentümer ein eigenes Geschäft. Entsprechendes gilt für den Fall der untrennbaren Vermischung, § 948 BGB. Umgekehrt steht dem Verletzten der gesamte Gewinn zu, wenn der Beitrag des eigenmächtigen Geschäftsführers als Nebensache anzusehen ist. Das amerikanische Recht kennt dagegen auch in diesen Fällen eine Gewinnaufteilung¹⁾.

Hat der eigenmächtige Geschäftsführer ein Grundstück gewinnbringend veräußert, mit dem zuvor bewegliche Sachen des Verletzten als wesentliche Bestandteile verbunden worden waren, erhält der Verletzte ebenfalls nur Wertersatz, nicht aber einen Anteil an dem Gewinn, §§ 946, 951 Abs. 1 Satz 1 BGB. Damit ergibt sich die gleiche Rechtslage wie im amerikanischen Recht, das im Fall sog. "improvements" dem Verletzten ein "equitable lien" in Höhe des Wertes des eingebauten Vermögenswertes zubilligt²⁾.

Besondere Probleme ergeben sich, wenn der eigenmächtige Geschäftsführer fremdes Geld gewinnbringend verwendet. In den wenigsten Fällen wird der eigenmächtige Geschäftsführer den Gewinn noch unter Verwendung der im Eigentum des Geschäftsherrn stehenden Geldzeichen erzielen. Hat er fremdes Geld eingewechselt oder es auf ein Konto eingezahlt, geht das Eigentum des Geschäftsherrn unter, und eine Führung eines fremden Geschäfts im Sinne des § 687 BGB liegt nicht vor. Im Gesetz ist die Verwendung fremden anvertrauten Geldes für das Auftrags- und Verwahrungsverhältnis in den §§ 668, 698 BGB geregelt,

1) Siehe oben S. 100 f.

2) Rest. Restitution § 170.

die den Beauftragten und Verwahrer zur Verzinsung des erhaltenen Geldes verpflichten, wenn er es für sich verwendet. § 668 BGB findet nach § 687 Abs. 2 Satz 1, 681 BGB auch auf den eigenmächtigen Geschäftsführer Anwendung. Will man sich mit dieser Pflicht zur Verzinsung nicht begnügen, hilft nur der Gedanke der sog. "Wertindikation" weiter¹⁾. Richtet sich der Herausgabeanspruch des Eigentümers nicht nur auf die individuell in seinem Eigentum stehenden Geldzeichen, sondern auf den in ihnen verkörperten Geldwert, soweit er sich noch in irgendeiner Form im Vermögen des Schuldners befindet, ließe sich vertreten, daß eine mit diesem Geldwert erfolgte Gewinnziehung ein fremdes Geschäft im Sinne von § 687 Abs. 2 BGB sei. Allerdings würde eine entsprechende Gewinnhaftung den Nachweis voraussetzen, daß der Geldwert sich im Vermögen des Schuldners befindet und zur Gewinnerzielung eingesetzt worden ist. Dann würde aber die Gewinnhaftung nach diesen Grundsätzen, die dem amerikanischen "tracing" nahe kämen²⁾, häufig am fehlenden Nachweis scheitern.

III. Folgegewinne ("profits on the profits")³⁾.

Zu erwägen bleibt, ob der eigenmächtige Geschäftsführer auch Gewinne aus Folgegeschäften herauszugeben hat. Der eigenmächtige Geschäftsführer kann z. B. eine fremde Sache mit Gewinn veräußern, den erzielten Erlös für weitere Geschäfte verwenden und auf diese Weise Folgegewinne erzielen.

Da ihm der für die fremde Sache erzielte Erlös von dem Käufer übereignet worden ist, sind die Folgeinvestitionen, die der eigenmächtige Geschäftsführer vornimmt, für ihn keine fremden Geschäfte im Sinne des § 687 Abs. 2 BGB. Aus § 687 Abs. 2 BGB folgt daher keine Pflicht zur Herausgabe von Folgegewinnen.

1) WESTERMANN § 30 V, S. 135 ff.

2) Siehe oben S. 99 f.

3) Zum ganzen ISELE, Liber amicorum Ernst J. Cohn S. 75 ff.

Allerdings ließe es sich vertreten, auch diese Gewinne noch als aus der Führung eines fremden Geschäfts erlangt anzusehen, da die Führung des fremden Geschäfts, der Verkauf der fremden Sache z. B., auch für die Folgegewinne kausal geworden ist¹⁾.

Eine Pflicht zur Herausgabe von Folgegewinnen könnte sich außerdem aus § 281 BGB ergeben. Durch die Weiterverwendung des herauszugebenden Gewinns wird dem eigenmächtigen Geschäftsführer die Erfüllung seiner Herausgabepflicht aus § 687 Abs. 2 BGB unmöglich. Nach § 281 BGB trifft ihn daher die Verpflichtung zur Herausgabe der durch die Weiterveräußerung erworbenen Gegenleistung, da § 281 BGB auch rechtsgeschäftlich erworbene Surrogate erfaßt²⁾. Da nach der h. M.³⁾ die Herausgabepflicht das rechtsgeschäftliche Surrogat in vollem Umfang einschließlich eines erzielten Gewinns umfaßt, kann sich aus § 281 BGB eine Verpflichtung zur Herausgabe von Folgegewinnen ergeben⁴⁾. Theoretisch würde sie ad infinitum bestehen.

Die Rechtsprechung hat sich bislang noch nicht mit einem entsprechenden Fall befassen müssen. Sie hat aber für die Gewinnhaftung im Fall der Verletzung von Immaterialgüterrechten eine Haftung auf den Folgegewinn abgelehnt⁵⁾. Im entschiedenen Fall hatte der Kläger die Herausgabe desjenigen Gewinns verlangt, den der Verletzer dadurch erzielt hatte, daß er den aus der Patentverletzung gezogenen Gewinn in seinem Unternehmen gewinnbringend weiterarbeiten ließ.

Zu Recht hat die Rechtsprechung hier eine Grenze gezogen. Die Gewinnhaftung hat ihre Berechtigung, soweit in einen fremden Rechtskreis eingegriffen wird. Wegen

1) Für eine Anwendung von § 687 Abs. 2 BGB ISELE a. a. O. S. 82.

2) RG vom 11. 10. 1932 (II) = RGZ 138, 45 (48).

3) Vgl. die Nachweise in FN 1 S. 193.

4) ISELE a. a. O. (FN 3 S. 198) S. 82 ff.; für eine entsprechende Verpflichtung auch KOPPENSTEINER/KRAMER S. 180.

5) RG vom 22. 10. 1930 (I) = RGZ 130, 108 (114); zustimmend BGH vom 29. 5. 1962 (I) = LM Nr. 17 zu § 47 PatG - Dia-Rähmchen II -.

des rechtswidrigen und schuldhaften Eingriffs bleibt es außer Betracht, daß der Eingreifer den Gewinn eigener wirtschaftlicher Tätigkeit verdankt. Bei den Folgegewinnen tritt dagegen dieser Umstand wieder in den Vordergrund, während der Bezug zu einem rechtswidrig verletzten Gut fehlt.

Da auch im amerikanischen Recht bislang eine Verpflichtung zur Herausgabe von Folgegewinnen abgelehnt worden ist¹⁾, besteht in beiden Rechtsordnungen die gleiche Rechtslage.

D. Zusammenfassung.

Die geringe Anzahl der zu dem Problem der Gewinnhaftung ergangenen Entscheidungen läßt erkennen, daß diesem Problem für den Bereich der Leistungskondition auch im deutschen Recht nur geringe praktische Bedeutung zukommt. Selbst mit der im Schrifttum am häufigsten erörterten Fallgestaltung, der Erzielung eines Gewinns durch den Verkauf des Erlangten, hatte die Rechtsprechung sich nur in wenigen Fällen auseinanderzusetzen.

I. Die Verpflichtung des gutgläubigen Bereicherungsschuldners.

War der Bereicherungsschuldner zur Zeit der Gewinnerzielung gutgläubig im Sinn der §§ 818 Abs. 4, 819, 820 BGB, ist er nach der Rechtsprechung mit wenigen Ausnahmen nicht zur Herausgabe der erwirtschafteten Gewinns verpflichtet worden. Im einzelnen ließ sich folgendes feststellen:

Einen Verkaufsgewinn hat der Bereicherungsschuldner nicht herauszugeben, wenn ihm wirksam das Eigentum an der veräußerten Sache vom Leistenden übertragen worden war²⁾.

1) Siehe oben S. 101 f.

2) Siehe oben S. 142 - 149.

Die Rechtsprechung begründet diese Entscheidung mit dem Wortlaut des § 818 Abs. 1 BGB, nach dem die Herausgabepflicht ausdrücklich nicht auf das rechtsgeschäftliche commodum erstreckt worden sei. Unerheblich ist es dabei, ob der Verkaufsgewinn aus einer zwischenzeitlichen Wertsteigerung des Erlangten herrührt, da der nach § 818 Abs. 2 BGB zu ersetzende Wert des Erlangten nicht nach dem Zeitpunkt der Veräußerung, sondern nach dem Zeitpunkt der Entstehung des Bereicherungsanspruchs bemessen wird¹⁾.

Hatte der Leistende das Eigentum an der veräußerten Sache nicht wirksam auf den Bereicherungsschuldner übertragen, soll der Bereicherungsschuldner nach der Rechtsprechung des BGH zur Herausgabe eines Verkaufsgewinns nach § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB verpflichtet sein, da diese Vorschrift die Herausgabe des aus einer Verfügung Erlangten ohne Einschränkung anordne²⁾. Der BGH hatte allerdings bislang noch keinen Fall zu entscheiden, in dem der Bereicherungsschuldner tatsächlich einen über dem Marktwert des Verkaufsgegenstandes liegenden Verkaufspreis erzielt hatte. Die Auffassung des BGH entspringt auch weniger der Absicht, den Bereicherungsschuldner zu einer Herausgabe von Gewinnen zu verpflichten; ihr liegen vielmehr praktische Erwägungen zugrunde. Der erzielte Verkaufserlös ist ohne besondere Beweisschwierigkeiten feststellbar und eignet sich daher am besten als Gegenstand des Anspruchs aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB. Um der Rechtsprechung des BGH gerecht zu werden, muß man ferner berücksichtigen, daß in der Regel der erzielte Erlös dem Marktwert der veräußerten Sache entsprechen wird und daß der BGH eine Korrektur seiner Auffassung zugunsten des Bereicherungsschuldners nach § 242 BGB zulassen will. Die Frage einer Gewinnhaftung nach § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB ist daher noch nicht endgültig und zweifelsfrei geklärt.

1) Siehe oben S. 164 - 169.

2) Siehe oben S. 149 - 164.

Hat der Bereicherungsschuldner geleistetes Geld in seinem Betrieb investiert, ist er zur Entrichtung eines Entgelts für die Kapitalüberlassung verpflichtet¹⁾. Der durch die Investitionen erzielte Ertrag ist dagegen für die Herausgabe nur maßgebend, wenn er im Wert geringer ist als das für eine entsprechende Kapitalüberlassung zu zahlende Entgelt. Gewinne, die der Bereicherungsschuldner aus mit geleistetem Geld erworbenen Gegenständen gezogen hat, braucht er ebenfalls nicht herauszugeben. Es liegt aber in der Konsequenz der Rechtsprechung, ihn zum Wertersatz für die erfolgte Kapitalüberlassung zu verpflichten²⁾.

Gebraucht der Bereicherungsschuldner einen geleisteten Gegenstand, indem er ihn z. B. in seinem Betrieb einsetzt, und erwirtschaftet er dadurch einen Ertrag, ist er nicht zur Herausgabe dieses Gewinns, sondern nur zur Leistung eines Entgeltes für den Gebrauch verpflichtet³⁾.

Werden die Gewinne durch Vermietung eines überlassenen Grundstücks erwirtschaftet, wird dem Bereicherungsschuldner vom BGH nur eine Verpflichtung zur Vergütung des genossenen Gebrauchsvorteils, also des Mietwertes, auferlegt. Die erzielten Miterträge sind dagegen nicht herauszugeben. Das ist bemerkenswert, weil Mieterträge als mittelbare Sachfrüchte im Sinn des § 99 Abs. 3 BGB Nutzungen sind, auf die sich an sich die Herausgabepflicht nach § 818 Abs. 1 BGB erstreckt⁴⁾.

Ein Entgelt für die Gebrauchsüberlassung, nicht aber eine Gewinnherausgabe schuldet auch derjenige Bereicherungsschuldner, der auf einem überlassenen Grundstück ein Unternehmen betreibt⁵⁾. Dagegen ist derjenige, dem ein eingerichteter Gewerbebetrieb geleistet worden ist, nicht nur zur Vergütung für die Überlassung des Betriebs,

1) Siehe oben S. 173 - 181.

2) Siehe oben S. 176 - 181.

3) Siehe oben S. 189 - 192.

4) Siehe oben S. 189 - 192.

5) Siehe oben S. 189.

sondern auch zur Herausgabe des erzielten Gewinns verpflichtet. Diese Verpflichtung erfaßt aber nur den regelmäßigen Ertrag, nicht aber Gewinne, die auf besondere persönliche Leistungen des Bereicherungsschuldners zurückzuführen sind¹⁾

Die Anordnung einer - beschränkten - Gewinnhaftung in den zuletzt genannten Fällen läßt sich wie folgt erklären²⁾: Die Rechtsprechung scheint danach zu unterscheiden, ob der Bereicherungsschuldner eine vom Leistenden ermöglichte und begonnene Nutzung nur fortgesetzt oder ob er selbst den Leistungsgegenstand einer Nutzung zugeführt hat. Während er im letzteren Fall nur ein Entgelt für die ihm verschaffte Gebrauchsmöglichkeit nach § 818 Abs. 1 BGB schuldet, hat er im ersten Fall die Gewinne, die nach der noch vom Leistenden begonnenen Nutzung zu erwarten waren, an diesen herauszugeben.

Bei aller gebotenen Vorsicht wegen der nur spärlich vorhandenen Entscheidungen sollte aus der Rechtsprechung auf folgende allgemeine Grundsätze geschlossen werden können:

Die nach §§ 812, 818 Abs. 2 BGB auf Herausgabe oder Vergütung des Geleisteten gerichtete Verpflichtung des Bereicherungsschuldners wird durch § 818 Abs. 1 BGB erweitert.

Nach § 818 Abs. 1 BGB zusätzlich herauszugeben oder, soweit sie nicht herausgabefähig sind, in Geld zu ersetzen (§ 818 Abs. 2 BGB), sind diejenigen Vorteile, die zwar erst im Vermögen des Schuldners entstanden sind, die aber ihren Ursprung in dem geleisteten Gegenstand finden und somit als zusammen mit ihm geleistet gedacht werden können. Zu diesen "mitgeleisteten" Nutzungen gehören die unmittelbaren Früchte, d. h. die Nutzungen, welche aus der Sache selbst entstehen, die mittelbaren Früchte, welche die Sache oder das Recht vermöge eines Rechtsverhältnisses

1) Siehe oben S. 181 - 189.

2) Siehe oben S. 187 - 192.

gewährt, soweit dieses Rechtsverhältnis zur Zeit der Leistung schon bestanden hat; ferner die Gewinne aus einem geleisteten gewerblichen Unternehmen, soweit sie sich als "Geschäftswertnutzungen"¹⁾ darstellen und nicht auf besondere Leistungen des Schuldners zurückzuführen sind. Durch die Leistung erlangt hat der Schuldner außerdem die Möglichkeit zum Gebrauch des Gegenstandes, so daß der Schuldner auch den Wert des Gebrauchs zu vergüten hat, soweit er den Gegenstand in Gebrauch nimmt.

Nicht herauszugeben hat dagegen der Schuldner diejenigen Erträge, die ihm auf Grund eigener wirtschaftlicher Tätigkeit zugeflossen sind. Zu diesen Vorteilen gehören der durch den Gebrauch des Geleisteten erzielte wirtschaftliche Ertrag, die durch Verkauf oder Vermietung zugeflossenen Erträge und ebenso auch die unmittelbaren Früchte, soweit die Fruchtziehung der eigenen Initiative des Schuldners entsprang. Sie stehen als Frucht seiner eigenen unternehmerischen Tätigkeit ihm zu. Da sie aber unter Verwendung des geleisteten Gegenstandes erworben wurden, hat der Schuldner für diese Verwendung die übliche Vergütung zu zahlen.

II. Die Verpflichtung des bösgläubigen Bereicherungsschuldners²⁾.

Zur Herausgabe eines unter Verwendung des Geleisteten erzielten Erwerbes ist nach § 687 Abs. 2 BGB einzig der bösgläubige Schuldner verpflichtet. Die Gewinnherausgabe ist insoweit notwendig als Sanktion, um von einer rechtswidrigen Verwendung fremder Vermögenswerte abzusprechen. Die Herausgabe des Gewinns an den Bereicherungsgläubiger ist gerechtfertigt, weil der Gewinn unter Verwendung des ihm zustehenden Vermögensgegenstandes erzielt worden ist. Die Tatsache, daß der Bereicherungsschuldner den Gewinn durch eigene Tätigkeit erwirtschaftet hat,

1) BALLERSTEDT, Festschrift für Schilling S. 300.

2) Siehe oben S. 192 - 195.

muß in diesem Fall wertungsmäßig außer Betracht bleiben:
"it is more appropriate to give the defrauded party the
benefit even of windfalls than to let the fraudulent
party keep them"¹⁾.

III. Der Umfang der Gewinnherausgabepflicht²⁾.

Ist der Bereicherungsschuldner zur Herausgabe von
Gewinnen verpflichtet, kann er die von ihm aufgewandten
Kosten von dem herauszugebenden Erlös abziehen.

Bildet der Gewinn zugleich auch ein Produkt der Ver-
wendung eigener Rechtsgüter, erfolgt eine Aufteilung des
Gewinns nach dem Verhältnis der Beitragswerte.

Gewinne, die durch Folgeinvestitionen erzielt wor-
den sind, verbleiben dem Schuldner.

1) Janigan v Taylor 344 F.2d 781 (C.C.A. 6th Cir. 1965).

2) Siehe oben S. 195 - 200.

DRITTER TEIL

DIE DOGMATISCHEN GRUNDLAGEN FÜR DIE AUSGESTALTUNG DES
BEREICHERUNGSANSPRUCHS ALS GEWINNHERAUSGABE- ODER ALS
WERTERSATZANSPRUCH.

Einleitung: Konkrete oder abstrakte Orientierung
des Bereicherungsanspruchs.

Die wissenschaftliche Diskussion über die dogmatischen Grundlagen des Bereicherungsrechts hat in jüngster Zeit unter einem veränderten Aspekt neue Nahrung erhalten. Wurde es bislang uneingeschränkt als ein besonderer Vorteil der im Anschluß an die Arbeiten WILBURGS¹⁾ und VON CAEMMERERS²⁾ entwickelten "modernen Lehre" des Bereicherungsrechts angesehen, den Kondiktionsanspruch in verschiedene Typen aufzugliedern³⁾, um unter Verzicht auf eine einheitliche dogmatische Grundlage der wissenschaftlichen Untersuchung einen engeren Bezug zu den Sachproblemen zu verschaffen, so gehen neuerdings Bestrebungen wieder dahin, der Gefahr einer dogmatischen Aufspaltung des Bereicherungsrechts zu wehren und ein für

1) Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, 1934.

2) Vgl. vor allem: Bereicherung und unerlaubte Handlung, in Festschrift für Rabel S. 333 ff. = Ges. Schr. I S. 209 ff.; Grundprobleme des Bereicherungsrechts, in Ges. Schr. I S. 370 ff.

3) Als Typen sind zu nennen: Leistungskondiktion, Eingriffskondiktion, Rückgriffskondiktion, Verwendungskondiktion; vgl. VON CAEMMERER, Festschrift für Rabel S. 333 ff. = Ges. Schr. I S. 209 ff., zusammenfassend S. 375 = Ges. Schr. I S. 251. Diese Einteilung ist von der Lehrbuch- und Kommentarliteratur übernommen worden: SOERGEL/SIEBERT/MÜHL § 812 Rdnr. 1, 2 ff., 26 ff., 32, 33; ERMAN/ H.P. WESTERMANN § 812 Rdnr. 1; STAUDINGER/ LORENZ (12. Aufl.) § 812 Rdnr. 23.; BEUTHIEN StudK BGB § 812 Anm. I, III, IV; PALANDT/THOMAS § 812 Anm. 1; ESSER § 100 II, S. 332 f.; MEDICUS § 26 II 2 Rdnr. 664; FIKENTSCHER §§ 98, 99 S. 574 ff., 576 ff.; LARENZ § 68 I, II, S. 463 ff., insbes. S. 465 f., 472 f.; KOPPEN-STEINER/KRAMER S. 24 ff., 81 ff., 112 ff.; REEB S. 6 ff., 31 ff., 81 ff.; weitere Nachweise bei BALZ S. 5 FN 3.

sämtliche Kondiktionstypen gemeinsames Prinzip zu erarbeiten¹⁾. Im Mittelpunkt der dogmatischen Untersuchungen stehen dabei die Tatbestandsmerkmale "auf Kosten" und "ohne rechtlichen Grund" des § 812 Abs. 1 BGB. Die sachlichen Probleme, die durch eine bessere Erfassung dieser Tatbestandsmerkmale einer Lösung zugeführt werden sollen, betreffen den Bereicherungsausgleich in Dreiecksverhältnissen²⁾ und den Umfang des Kondiktionsanspruchs, wobei mehr und mehr das Problem einer bereicherungsrechtlichen Gewinnhaftung und weniger die sich aus § 818 Abs. 3 BGB ergebenden Probleme der Haftungsmilderung die Erörterungen bestimmen³⁾.

Auf die erarbeiteten Lösungsvorschläge wird, soweit sie das Thema der Arbeit betreffen, noch im einzelnen einzugehen sein. Da Fragen der Gewinnhaftung im allgemeinen ohne Unterscheidung einzelner Kondiktionstypen behandelt werden, werden dabei auch die Äußerungen zur Eingriffskondiktion Berücksichtigung finden.

Vorausgeschickt kann aber schon werden, daß die Diskussion um den Haftungsumfang immer wieder an zwei Vorstellungen von der Struktur des Bereicherungsanspruchs anknüpft, die man als die Lehren von der konkreten und von der abstrakten Orientierung des Bereicherungsanspruchs bezeichnen könnte⁴⁾.

-
- 1) KELLMANN, Grundsätze der Gewinnhaftung, 1969; ders. NJW 1971, 862 ff.; WILHELM JuS 1973, 1 ff.; ders., Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, 1973. Um ein umfassenderes System unter Einschluß anderer Anspruchsgrundlagen bemühen sich BÄLZ, Eingriffsschutz und Opfersicherung im Haftungssystem des Zivilrechts (I), 1970; KAEHLER, Bereicherungsrecht und Vindikation, Allgemeine Prinzipien der Restitution, 1972; COSTEDE S. 86.
 - 2) KELLMANN, Gewinnhaftung S. 115 ff.; WILHELM, Rechtsverletzung S. 109 ff.
 - 3) KELLMANN a. a. O. (oben FN 2) S. 75 ff., 130 ff.; WILHELM a. a. O. (oben FN 2) S. 62 ff.; ferner JAKOBS S. 20 ff.; KRAUTWIG S. 102 ff.; HAINES S. 108 ff.
 - 4) Vgl. schon oben S. 105 ff.

Für die Leistungskondiktion stellt sich die Frage nach ihrer Struktur dahin, ob sie als ein "Leistungsrückgabeanspruch" zu begreifen ist oder als ein Anspruch auf die "Bereicherung", der darauf abzielt, jegliche Vermehrung im Vermögen des Schuldners abzuschöpfen, soweit diese sich kausal auf die Leistung zurückführen läßt.

Als "Leistungsrückgabeanspruch" wäre die Leistungskondiktion auf die Rückforderung des Leistungsgegenstandes ausgerichtet. Der Schuldner hätte dasjenige herauszugeben, was nach den Parteibestimmungen den Gegenstand der Leistung bildete, oder er hätte den Wert dieses Gegenstandes zu vergüten, falls ihm eine Rückgabe nicht möglich wäre.

Als "Bereicherungsanspruch" würde die Leistungskondiktion dagegen in erster Linie die durch die Leistung bewirkte Vermögensvermehrung erfassen. Sie und nicht der Gegenstand der Leistung bildete den Anspruchsgegenstand. Der Umfang der Verpflichtung würde durch den Umfang der Vermögensvermehrung bestimmt, unabhängig davon, ob diese Vermögensvermehrung wertmäßig geringer wäre als der Wert des Leistungsgegenstandes oder diesen Wert übersteigen würde. Damit läge eine Haftung auf den durch die Verwendung des Leistungsgegenstandes erzielten Gewinn im Bereich dieser Vorstellung.

Beide dogmatischen Grundpositionen sind nicht eine Frucht der Wissenschaft zum bürgerlichen Gesetzbuch, sondern sie wurden schon in der Dogmatik des gemeinen Rechts entwickelt¹⁾. Während aber im gemeinen Recht das Problem des Wegfalls der Bereicherung die Diskussion beherrschte²⁾, ist heutzutage der Anschluß an eine der beiden Auffassungen vor allem für die Frage der Gewinnhaftung bedeutsam, da durch § 818 Abs. 3 BGB das Gesetz

1) Vgl. FLUME, Festschrift für Niedermeyer S. 103 ff., 145 f.; FLESSNER S. 4 ff.; WILHELM a. a. O. (FN 2 S. 207) S. 38 ff.

2) FLUME a. a. O.; FLESSNER a. a. O.

eine umfassende Berücksichtigung bereicherungs-mindernder Umstände anerkannt hat¹⁾.

Erster Abschnitt: Die Ausbildung der dogmatischen Grundlagen für eine Gewinnhaftung in der älteren Dogmatik.

A. Die Übernahme der abstrakten Orientierung des Bereicherungsanspruchs aus dem gemeinen Recht (STIEVE, VON MAYR, FISCHER).

Da die abstrakte Orientierung der Kondiktion an der "Bereicherung" im gemeinen Recht der herrschenden Lehre entsprach²⁾, wurden erwartungsgemäß nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung einer dieser Lehre entsprechenden Auslegung unterworfen. Dabei entwickelte sich § 818 Abs. 3 BGB zur zentralen Vorschrift des Bereicherungsrechts.

Als erster hat STIEVE³⁾ unter Berufung auf § 818 Abs. 3 BGB die "Bereicherung" als den Gegenstand des Bereicherungsanspruchs bezeichnet. Der Empfänger solle, soweit er in gutem Glauben sei, die "Bereicherung" herausgeben, d. h. dasjenige, was er infolge einer ungerechtfertigten Vermögensvermehrung im Augenblick der Rechtshängigkeit des Bereicherungsanspruchs in seinem Vermögen habe⁴⁾. Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs sei kein bestimmter, sondern vielmehr ein "variabler, abstrakter Vermögenswert, die Bereicherung"⁵⁾. Der

1) Eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 818 Abs. 3 BGB wird sowohl auf der Grundlage der abstrakten Orientierung (FLUME a. a. O. (FN 1 S. 208) S. 148 ff. als auch unter Ablehnung dieser Auffassung vertreten (FLESSNER S. 99 ff.).

2) Vgl. die Nachweise bei FLUME, FLESSNER und WILHELM a. a. O. (jeweils FN 1 S. 108).

3) Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, 1899.

4) A. a. O. S. 26.

5) A. a. O. S. 28.

Bereicherungsanspruch unterscheide sich daher bezüglich seines Gegenstandes mannigfach von den aus Vertrag oder vertragsähnlichen Gründen entstandenen Ansprüchen¹⁾. Daß der Bereicherungsanspruch immerhin anderen schuldrechtlichen Abwicklungsansprüchen darin ähnlich ist, als er zunächst einmal die Herausgabe des Erlangten fordert, bleibt für STIEVE ohne dogmatische Bedeutung und erklärt sich für ihn lediglich aus Gründen der Zweckmäßigkeit. Denn der Ausgleich einer ungerechtfertigten Vermögensvermehrung werde am ehesten dadurch erreicht, daß der Benachteiligte gerade den konkreten Gegenstand zurückerhalte, der seinem Vermögen sine causa entzogen worden sei²⁾. Die Bereicherung verkörpere sich daher, solange der individuell erlangte Gegenstand sich noch im Vermögen des Empfängers befinde, in diesem Gegenstande. An Wert könne sie aber größer oder kleiner sein³⁾.

Obwohl nach der Auffassung STIEVES der Umfang des Bereicherungsanspruchs variiert und durch all diejenigen Ereignisse, die mit der Tatsache der ungerechtfertigten Bereicherung im Kausalzusammenhang stehen, nicht nur geringer, sondern auch größer werden kann⁴⁾, lehnt STIEVE eine Verpflichtung des Bereicherungsschuldners zur Herausgabe eines erzielten Gewinns ab, wenn dieser Gewinn den üblichen Ertrag, der aus dem erlangten Gegenstand gewonnen werden kann, übersteigt⁵⁾. STIEVE erörtert zwei Fälle: die Fruchtziehung und die Veräußerung des Erlangten.

Im Fall der Fruchtziehung soll nach STIEVE des Bereicherungsschuldners nicht nur den Ersatz seiner Kosten, sondern auch einen Anteil am Fruchtertrag erhalten, wenn der Fruchtertrag durch die persönliche Arbeit und Tüchtigkeit des Bereicherungsschuldners größer als der

1) A. a. O. S. 27.

2) A. a. O. S. 47.

3) A. a. O. S. 29.

4) A. a. O. S. 28.

5) A. a. O. S. 84 f.

übliche Ertrag des Benachteiligten gewesen ist. Denn der Empfänger solle nur dasjenige herausgeben, was er i n f o l g e der ungerechtfertigten Bereicherung in seinen Händen habe. Der Grund des höheren Fruchterwerbs sei aber nicht in dem ungerechtfertigten Empfang, als vielmehr in der Arbeit und Tüchtigkeit des Empfängers zu suchen¹⁾.

Die gleichen Erwägungen bestimmen STIEVE auch, eine Pflicht zur Herausgabe eines den Wert der Sache übersteigenden Verkaufserlöses abzulehnen. Denn mehr als der wahre Wert der Sache rühre nicht a u s d e m V e r - m ö g e n²⁾ des früheren Eigentümers. Was der Empfänger über jenen Wert hinaus erlange, verdanke er nicht dem ungerechtfertigten Empfang der Sache, als vielmehr seiner Mühe, einen geeigneten Käufer zu finden, seiner Geschicklichkeit in der Benutzung günstiger Umstände, vielleicht auch bloß einem glücklichen Zufall, der aber ihn persönlich getroffen habe, ohne daß dafür in dem sine causa erlangten Eigentum ein Grund liege³⁾.

Nun kann man schwerlich behaupten, die rechtsgrundlose Leistung sei nicht kausal für einen unter Verwendung des Erlangten erzielten Gewinn gewesen. Dieser müßte daher nach der Konzeption STIEVES auch ein Faktor der Bereicherung sein. Wie seine Ausführungen zum Verkaufsgewinn aber zeigen, findet die Pflicht zur Herausgabe der Bereicherung für STIEVE dort eine Grenze, wo die Bereicherung nicht mehr "aus dem Vermögen" des Entreicherten stammt. Das bedeutet, daß sich für ihn aus dem Tatbestandsmerkmal "auf Kosten", das an die Stelle des "aus dem Vermögen" getreten ist, eine Begrenzung der Herausgabepflicht ergibt.

1) A. a. O. S. 76 f.

2) Hervorhebung vom Verfasser.

3) A. a. O. S. 81 ff.

Die Bestimmung der Bereicherung als "abstrakter, variabler Vermögenswert" durch STIEVE fand den Beifall VON MAYRS¹⁾. Aus der Abstraktheit des Gegenstandes des Bereicherungsanspruchs folgt für VON MAYR, daß die Bereicherung nicht bloß in dem erlangten Gegenstand, sondern in dem Effekt dieses Erlangens auf das Vermögen des Empfängers zum Ausdruck kommt. Durch diese Reflexwirkung auf das Gesamtvermögen des Verpflichteten erlange die Verpflichtung zur Herausgabe der Bereicherung eine tiefeinschneidende Wirkung, die der Anschauung von einer "beschränkten Haftung" energisch widerspreche²⁾. Der Umfang der Haftung bestimme sich umgekehrt wie beim Schadensersatzanspruch nicht nach dem Einflusse des die Haftung begründenden Ereignisses auf das Vermögen des Berechtigten, sondern vielmehr nach der Wirkung dieses Vorgangs auf das Vermögen des Verpflichteten³⁾. Entscheidend sei daher der Gewinn des Beklagten. Dieser sei herauszugeben und zwar der volle Gewinn, nicht bloß der, den auch der Berechtigte für seine Person hätte ziehen können⁴⁾.

Obwohl es daher nach VON MAYR dem Wesen des Bereicherungsanspruchs entsprechen würde, den Bereicherungsschuldner zur Herausgabe jeglichen Gewinns zu verpflichten, schränkt aber auch er wie STIEVE die Herausgabepflicht ein. Weder der Fruchterwerb, der als Ergebnis persönlicher Tüchtigkeit erscheint, noch der den Wert eines verkauften Gegenstandes übersteigende Veräußerungserlös soll dem Gläubiger gebühren⁵⁾. Auch für VON MAYR fehlt es in diesen Fällen an einer Bereicherung "auf Kosten" des Berechtigten⁶⁾.

1) Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts, 1903, S. 589.

2) A. a. O. S. 590.

3) A. a. O. S. 591.

4) A. a. O. S. 592.

5) A. a. O. S. 611 ff., 615.

6) A. a. O. S. 598, 615. Interessant ist aber, daß VON MAYR im Fall einer Patentverletzung eine Gewinnhaftung befürwortet; siehe dazu unten S. 282 ff.

Obwohl beide Autoren im Ergebnis den Bereicherungsschuldner nicht zur Herausgabe eines Verkaufsgewinns verpflichten und ihm auch einen durch besondere Tüchtigkeit erzielten Fruchtertrag belassen wollen, zeigen beide Arbeiten schon, daß mit der Übernahme der abstrakten Orientierung der Kondiktion an der "Bereicherung" aus dem gemeinen Recht grundsätzlich einer Haftung des Bereicherungsschuldners auf den durch eine Verwendung des Erlangten erzielten Gewinn der Weg bereitet ist. Ist der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs eine variable Größe, die sich aus allen Vermehrungen des Schuldnervermögens zusammensetzt, welche sich kausal auf eine Leistung oder einen Eingriff ohne Rechtsgrund zurückführen lassen, dann umfaßt die Bereicherung auch einen Gewinn, den der Schuldner unter Verwendung des Erlangten erzielt hat.

Eine Einschränkung dieser Herausgabepflicht läßt sich dann mit STIEVE und VON MAYR nur noch aus dem Tatbestandsmerkmal "auf Kosten" herleiten. Soweit in der Literatur ein Unbehagen an einer den Gewinn umfassenden Haftung des Kondiktionsschuldners spürbar wurde, ist dann auch dieses Tatbestandsmerkmal zur Begrenzung herangezogen worden, indem entweder eine Gewinnhaftung verneint oder auf den entgangenen Gewinn des Entreicherten beschränkt wurde¹⁾. Dementsprechend wurde zum Teil gelehrt, der Umfang des Anspruchs könne niemals größer sein als der eingetretene Vermögensverlust des Entreicherten²⁾; die Bereicherungsschuld sei eine auf den Umfang der Bereicherung beschränkte Schadensschuld³⁾ oder der Umfang des Bereicherungsanspruchs sei doppelt begrenzt, einerseits durch die dem Bereicherten zugeflossenen Vorteile, andererseits aber auch durch die dem Entreicherten

1) CRETSCHMAR § 818, S. 262; GOLDMANN/LILIENHAL I S. 875 FN 8; SIBER II § 75 1 a, S. 442 ("Bereicherungsansprüche sollen nur Verlust abwenden, nicht Gewinn bringen."); LARENZ II (9. Aufl.) § 62 II c 1, S. 378; ferner KLUCKHOHN ArchBürgR Bd. 41 (1915) S. 171 ff. (173); RÖMER AcP 119 (1920) S. 354; KISCH LZ 1927 Sp. 667 ff. (672); ders. in Patentamt-Festschrift S. 92 ff. (99 ff.); PINZGER GRUR 1927, 269 ff. (270); ULMER § 91 III, S. 407.

2) ENGELMANN I § 150.1, S. 467; BARNSTEDT S. 22.

3) KREß, Schuldrecht Allg. Teil § 17 3 a, S. 368.

entstandene Vermögenseinbuße¹⁾). Auch in den Motiven und in der Rechtsprechung des Reichsgerichts gibt es Äußerungen, nach denen dem Tatbestandsmerkmal "auf Kosten" eine begrenzte Funktion beigemessen wird. Nutzungen und Gewinne, die der Entreicherte nicht hätte erwerben können, sollen nicht als Bereicherung "auf Kosten" des Entreicherten gelten²⁾).

Hinter diesen Auffassungen mag die Einsicht vermutet werden, daß auch der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung sich aus einem verletzten Interesse des Anspruchsberechtigten begründen lassen muß. Dessen Interessen sind verletzt, wenn ihm ein Vermögensvorteil entgangen ist. Dem Bereicherungsanspruch käme daher die Funktion zu, diesen Verlust auszugleichen, nicht aber darüber hinaus dem Bereicherten zusätzliche Gewinne zu verschaffen. Das Tatbestandsmerkmal "auf Kosten" gewinnt auf diese Weise eine zusätzliche Dimension. Ihm kommt nicht nur die Funktion zu, den Anspruchsberechtigten zu bestimmen³⁾, sondern aus ihm ergibt sich auch eine Begrenzung des Haftungsumfangs.

Daß allerdings Erwägungen dieser Art im Rahmen einer Dogmatik, die in der Bereicherung ihren zentralen Begriff und in der Abschöpfung einer Vermögensvermehrung das Wesen der Kondiktion erblickte, wenig Eindruck hinterlassen, leuchtet ein. Von FISCHER wird denn auch kritisiert, daß der Schuldner nicht auf die gesamte Bereicherung haften würde, wenn ihm ein Veräußerungsgewinn verbliebe⁴⁾. Für ihn ergeben sich notwendig Parallelen zwischen dem

1) BOEHMER, Grundlagen II 2 § 22 B IV 1, S. 20; RÖTELMANN NJW 1954, 1222 ff. (1224). Ebenso SCHULZ AcP 105 (1909) S. 63, 136, 174, 206, 441, 478; zu ihm siehe unten S. 219 ff.

2) Motive MUGDAN III S. 225; RG vom 11. 10. 1932 (II) = RGZ 138, 45 = JW 1933, 42 mit Anm. von KUNKEL.

3) Das Erfordernis der Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung und damit die Ablehnung der Versionsklage wurde aus dem Merkmal "auf Kosten" gefolgert: ENNECCERUS/LEHMANN § 221 III, S. 879 ff.; STAUDINGER/SEUFERT § 812 Rdnr. 8 a ff.

4) FISCHER, Bereicherung und Schaden, in Festschrift für Zitelmann, S. 32.

Begriff der Bereicherung und dem des Vermögensschadens. Bei beiden handle es sich um eine durch eine Differenzberechnung gewonnene Rechnungsgröße¹⁾. Die einzige Begrenzung des Umfangs der Bereicherung ergibt sich daher für FISCHER aus dem Erfordernis des Kausalzusammenhangs zwischen der Vermögensvermehrung und dem haftungsauslösenden Ereignis. An dieser Kausalität fehle es nur dann, wenn der Schuldner auch ohne den rechtsgrundlosen Erwerb in anderer Weise einen gleich hohen Gewinn erzielt hätte²⁾. FISCHER stützt seine Befürwortung einer Gewinnhaftung mit einem Argument, das noch häufig herangezogen werden sollte: Wenn man den Schuldner unter Bezugnahme auf die Bereicherung von allen negativen Folgen eigener Handlungen befreie, könne man nicht zugleich ihm einen Gewinn belassen. Denn sonst ermögliche man ihm eine Erwerbstätigkeit ohne eigenes Risiko auf Kosten des Bereicherten³⁾.

B. Der Verlust der haftungsbegrenzenden Funktion des Tatbestandsmerkmals "auf Kosten".

Die Übernahme der abstrakten Orientierung des Bereicherungsanspruchs aus dem gemeinen Recht allein reichte zur Ausbildung einer bereicherungsrechtlichen Gewinnhaftung noch nicht aus, solange dem Tatbestandsmerkmal "auf Kosten" des § 812 Abs. 1 BGB noch haftungsbegrenzende Funktion beigemessen wurde. Von Bedeutung war daher, daß diese haftungsbegrenzende Funktion in der Folgezeit verloren gegangen ist.

Die Wissenschaft richtete bei der Ausbildung einer bereicherungsrechtlichen Dogmatik ihr Augenmerk vor allem auf die ohne Rechtsgrund erfolgte Vermögensverschiebung, die den Grundtatbestand einer ungerechtfertigten

1) A. a. O. S. 12.

2) A. a. O. S. 37.

3) A. a. O. S. 32, 36. Siehe dazu unten S. 271 ff.

Bereicherung bildete¹⁾. Wird ein Vermögenswert aus dem Vermögen einer Person in das Vermögen einer anderen verbracht, entsteht auf Seiten des Entreicherten mit dem Verlust des Vermögenswertes ein Schaden, dem eine mit dem Zugang des Vermögenswertes im Vermögen des Bereicherten entstandene Vermögensvermehrung entspricht. Ein Schaden auf der einen, eine entsprechende Vermögensvermehrung auf der anderen Seite sind die Auswirkungen einer Vermögensverschiebung. Es ist daher nur folgerichtig, wenn eine an der Vermögensverschiebung ausgerichtete Lehre an Hand dieser beiden Elemente die Anspruchsberechtigung und -verpflichtung feststellte und auf diese Weise den Schaden des einen und die Vermögensvermehrung des anderen zur Voraussetzung eines Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung erklärte.

So zutreffend auch in diesen beiden Elementen die Voraussetzungen eines Bereicherungsanspruchs im Fall einer ungerechtfertigten Vermögensverschiebung gesehen werden konnten, so wenig waren sie als Voraussetzungen des Anspruchs im Fall einer rechtsgrundlos erbrachten Dienst- oder Werkleistung oder des Gebrauchs fremder Sachen geeignet. Während nämlich im Fall einer Vermögensverschiebung in jedem Fall ein Schaden entsteht, braucht mit den letzteren Fällen keine Vermögensschädigung einherzugehen. Konnte z. B. derjenige, der eine Dienstleistung erbracht hatte, seine Arbeitskraft nicht anderweitig einsetzen oder hatte der Eigentümer des Hauses, das der Bereicherungsschuldner unberechtigt bewohnte, keine andere Möglichkeit, seine Wohnungen zu vermieten, war beiden kein Gewinn entgangen und damit auch kein Schaden entstanden.

1) Vgl. PLANCK/LANDOIS Vorbem. 1 zu § 812; OERTMANN Vorbem. 1 a zu § 812; BGB-RGRK/SCHIEFFLER (11. Aufl.) Anm. 3 vor § 812; STAUDINGER/SEUFERT § 812 Rdnr. 1; VON MAYR S. 193; ENNECCERUS/LEHMANN § 220 I, S. 871; kritisch hierzu JAKOBS S. 43 ff.; KELLMANN, Gewinnhaftung S. 75 ff.

Das Reichsgericht hatte daher anfangs auch in zwei entsprechenden Fällen einen Bereicherungsanspruch abgelehnt, weil der Kläger ungerechtfertigt benutzte Räume bzw. Möbel nicht hätte anderweitig vermieten oder nutzen können¹⁾, und das OLG Köln sah sich in einer frühen Entscheidung veranlaßt, auf die Abnutzung der Räume hinzuweisen, um einen Schaden und damit einen Bereicherungsanspruch begründen zu können²⁾. Heute besteht kein Zweifel mehr darüber, daß es in diesen Fällen nicht auf einen Schaden des Anspruchsberechtigten ankommt³⁾. In der Tat geht die rechtsgrundlose Nutzung fremder Vermögenswerte und die rechtsgrundlose Inanspruchnahme von Dienstleistungen nicht nur in einem formalen Sinn - weil unter Verletzung eines fremden Rechts erlangt -, sondern auch materiell "auf Kosten" des Rechtsinhabers oder des Leistenden. Denn niemand ist verpflichtet, den Gebrauch seiner Sachen oder seine Arbeitskraft einem anderen unentgeltlich zu überlassen⁴⁾. Da jeder ein Entgelt für die Verwendung seiner Rechte fordern kann, wird er um dieses Entgelt gebracht, wenn eine andere Person seine Vermögensgüter ohne Bezahlung benutzt⁵⁾. Man hat aber dennoch versucht, daß Schadenserfordernis als Anspruchsvoraussetzung auch in diesen Fällen beizubehalten, um dadurch auch diese Fälle als Vermögensverschiebungen begreifen zu können. Man argumentierte damit, daß sich Schaden und Bereicherung dem Umfang nach nicht zu decken bräuchten⁶⁾, wobei man geflissentlich

1) RG vom 23. 5. 1903 (V) = RG JW 1903 Beilage S. 101 Nr. 227; RG vom 1. 12. 1922 (VII) = RGZ 105, 408 (409).

2) OLG KÖLN vom 6. 12. 1905 - OLGE 13, 388.

3) BGH vom 8. 5. 1956 (I) = BGHZ 20, 345 (355); BGH vom 7. 1. 1971 (VII) = BGHZ 55, 128; STAUDINGER/SEUFERT § 812 Rdnr. 7 b.

4) Das wird deutlich in einer Vielzahl von Herausgabe- und Unterlassungsansprüchen: §§ 985, 1004, 861, 862 BGB; spezialgesetzlichen Ansprüchen wie §§ 47 PatG, 24, 25 WZG und generell im quasi-negatorischen Unterlassungsanspruch analog §§ 823, 1004 BGB.

5) Zutreffend VON LUBTOW S. 33 f.; VON CAEMMERER SJZ 1948 Sp. 509; RG vom 20. 12. 1919 (V) RGZ 97, 310.

6) STAUDINGER/SEUFERT § 812 Rdnr. 7 d; PALANDT/THOMAS § 812 Anm. 5 A b; ENNECCERUS/LEHMANN § 221 II 2, S. 877.

übersah, daß auch ohne Vorliegen eines Vermögensschadens ein Anspruch gegeben wurde. Berechtigt zu dieser Korrektur sah man sich durch die Worte "auf Kosten", die von der 2. Kommission an Stelle der Worte "aus dem Vermögen" in den Gesetzestext eingesetzt worden waren, weil diese Fassung "auch diejenigen Fälle mitumfasse, in denen das Objekt der Bereicherung, ohne bereits in das Vermögen des Kondiktionsberechtigten übergegangen zu sein, doch den Vermögensstand desselben berühre"¹⁾. Daß die 2. Kommission bei dieser Änderung die hier in Frage stehenden Fälle gar nicht im Auge hatte, wurde dabei übergangen²⁾.

Mit dem Erfordernis der Vermögensvermehrung ergaben sich weniger Schwierigkeiten. Seit der ersten Erörterung entsprechender Fälle in den Digesten³⁾ wurde positiven Vermögensvermehrungen gleichgestellt die Ersparnis notwendiger Ausgaben, durch die eine Verminderung des Vermögens verhindert wird⁴⁾. Eine solche Ersparnis konnte in den meisten Fällen festgestellt werden; war sie nicht vorhanden, wurde sie fingiert⁵⁾.

Ein Unterschied zu den Fällen der Vermögensverschiebung ergibt sich aber dennoch. Denn die Ausgabenersparnis entstammt ja nicht dem Vermögen des Entreicherten. Schaden und Vermögensvermehrung decken sich daher nicht nur nicht des Umfangs, sondern auch nicht des Gegenstandes nach. Mit dieser auf die Fälle der Nutzung fremder Rechtsgüter gemünzten Formulierung, daß Schaden und Bereicherung sich weder des Umfangs, noch des Gegenstandes nach zu decken bräuchten⁶⁾, waren aber auch einer Gewinnhaftung Tür und

1) Protokolle MUGDAN II S. 1171; so OLG Köln a. a. O. (FN 2 S. 217); HECK § 141.5 a, S. 421; VON LÜBTOW S. 34; KLEINHEYER JZ 1970, 471 ff. (473 FN 36).

2) Zum Zweck der Umformulierung vgl. WILHELM a. a. O. FN 2 S. 207) S. 55.

3) D 12, 6, 26, 12 Ulp. 26 ed.; D 12, 6, 65, 7 Paul. 17 Plaut.; vgl. FLÜME, Festschrift für Niedermeyer S. 111 f.; VON LÜBTOW S. 57 ff.

4) BGH vom 7. 1. 1971 (VII) = BGHZ 55, 128 (129); STAUDINGER/SEUFERT § 812 Rdnr. 13 - 13 c; a. A. LORENZ in der 12. Aufl. Rdnr. 71; vgl. schon WINDSCHEID/KIPP § 421.1.(868).

5) RG vom 20. 12. 1919 (V) = RGZ 97, 310; BGH vom 8. 5. 1956 (I) = BGHZ 20, 345 (355).

6) BGH vom 30. 4. 1954 (V) = LM Nr. 25 zu § 812 BGB; STAUDINGER/SEUFERT § 812 Rdnr. 7 c, 7 d; PALANDT/THOMAS a. a. O. (FN 5 S. 217); ENNECCERUS/LEHMANN a. a. O. (FN 5 S. 217).

Tor geöffnet, zumal da diese Formulierung bald einen allgemeinen Grundsatz des Bereicherungsrechts bildete. Das Merkmal "auf Kosten" konnte mit dem Wegfall des Schadenserfordernisses eine haftungsbegrenzende Funktion nicht mehr entwickeln; und da die Ausgabenersparnis herauszugeben war, obwohl sie nicht aus dem Vermögen des Entreicherten stammte, bestand kein Grund, nicht auch die Herausgabe von Gewinnen zu verlangen, die erst der Bereicherte erwirtschaftet hatte.

Der aufgezeigten Entwicklung kam daher für die Begründung einer auf das Bereicherungsrecht gestützten Gewinnhaftung erhebliche Bedeutung zu¹⁾.

C. Der Bereicherungsanspruch als Sanktion für rechtswidriges Handeln. "Das System der Rechte auf den Eingriffserwerb"(SCHULZ).

Das Bemühen, die Fälle des Gebrauchs fremder Vermögenswerte in die Bereicherung durch ungerechtfertigte Vermögensverschiebung einzugliedern, führte zur Aufgabe des Schadenserfordernisses als Voraussetzung eines Bereicherungsanspruchs und damit zugleich zum Verlust jeglicher haftungsbegrenzender Funktion des Tatbestandsmerkmals "auf Kosten". War schon infolge dieser Entwicklung eine umfassende Gewinnhaftung, gegründet auf die bereicherungsrechtlichen Vorschriften, ermöglicht worden, so wurde von SCHULZ in seinem "System der Rechte auf den Eingriffserwerb"²⁾ eine sachliche Rechtfertigung für die Gewinnhaftung entwickelt.

SCHULZ erblickt in den Bereicherungsansprüchen Ansprüche aus widerrechtlichem Handeln³⁾. Sie sind für ihn

1) JAKOBS S. 21, 41 ff.; KELLMANN S. 73; KRAUTWIG S. 22 ff.; HAINES S. 35 ff., 67; vgl. auch BGH vom 13. 9. 1955 (V) = BGHZ 17, 236 (239) = MDR 1955, 39 mit Anm. von G. und D. REINICKE; mit Anm. von NIPPERDEY MDR 1955, 663.

2) AcP 105 (1909) S. 1 ff.

3) A. a. O. S. 480.

Ausdruck eines Rechts auf den Eingriffserwerb, das er als Recht auf den Gewinn, der aus einer widerrechtlichen Verletzung eines subjektiven Rechts gezogen worden ist, definiert¹⁾. Dieses Recht trete an zahlreichen, aber weit auseinanderliegenden Punkten der Rechtsordnung auf, so daß die verschiedenen Erscheinungsformen dieses Rechts in ihrer Zusammengehörigkeit bislang noch nicht untersucht worden seien²⁾. Die Grundlegung dieses Rechts bildet für ihn das Prinzip, daß grundsätzlich niemand aus einem widerrechtlichen Eingriff in ein fremdes Recht einen Gewinn machen dürfe. Dieses Prinzip stelle sich dar als eine Erweiterung des Grundgedankens der sog. Bereicherungsansprüche: *natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores*³⁾. Mit dieser Rechtfertigung einer Gewinnhaftung als einer notwendigen Sanktion für widerrechtliches Handeln hat SCHULZ ein Argument herausgebildet, das bis heute die wichtigste Begründung für eine Gewinnhaftung abgibt⁴⁾.

Erste Voraussetzung eines Rechts auf den Eingriffserwerb ist nach SCHULZ ein Eingriff, unter dem er jede Einwirkung auf ein fremdes Recht versteht, sei es durch Vernichtung des Rechts, sei es bloß durch Veränderung der rechtlichen Beziehung, als welche sich das Recht darstellt⁵⁾. Nicht nur in einer Benutzung, Veräußerung, Belastung oder Vernichtung einer Sache, sondern auch in dem Empfang einer Leistung kann nach ihm ein Eingriff bestehen⁶⁾.

Weitere notwendige Voraussetzung sei ein Eingriffserwerb des Schuldners⁷⁾. Da das Recht auf den Eingriffserwerb eine Sanktion für rechtswidriges Handeln darstelle,

1) A. a. O. S. 3.

2) A. a. O. S. 3.

3) A. a. O. S. 443.

4) Siehe unten S. 276 ff.

5) A. a. O. S. 427.

6) A. a. O. S. 428.

7) A. a. O. S. 428.

sei es die Aufgabe dieses Rechts, im Vermögen des Schuldners den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der Eingriff nicht erfolgt wäre¹⁾. Der Eingriffserwerb umfasse daher alles, was durch den Eingriff erworben worden sei²⁾. Daraus ergebe sich als dritte notwendige Voraussetzung der Kausalzusammenhang zwischen Eingriff und Eingriffserwerb, an dem es fehle, wenn der Eingreifer dasselbe Eingriffsergebnis auch ohne den Eingriff hätte erreichen können³⁾.

In den weitaus meisten Fällen sei ferner die Widerrechtlichkeit des Eingriffs weitere Voraussetzung⁴⁾. In den Fällen der Leistungskondition ergibt sich diese Widerrechtlichkeit nach SCHULZ daraus, daß der Schuldner, der ein indebitum in Empfang nimmt, den Empfang nicht von dem Leistenden fordern konnte und dieser ihn daher nicht zu dulden brauchte⁵⁾.

Ein Verschulden des Eingreifenden soll dagegen grundsätzlich nicht Voraussetzung für die Entstehung eines Rechts auf den Eingriffserwerb sein⁶⁾; ebensowenig bedürfe es eines Schadens des Verletzten⁷⁾. Da SCHULZ der Auffassung ist, daß die Bereicherungsansprüche eine der Vermögensvermehrung des Bereicherten entsprechende Schädigung des Entreicherten voraussetzen⁸⁾, kann er daher nicht auf § 812 BGB als Rechtsgrundlage des Rechts auf den Eingriffserwerb zurückgreifen. Er fordert aber eine analoge Anwendung des § 812 BGB, bei der von der Klausel "auf Kosten" abgesehen werden soll "unter Berücksichtigung der Rechtsgedanken, die in den §§ 281, 816 BGB und sonst angesprochen sind"⁹⁾. Wie schon dargelegt worden

1) A. a. O. S. 28.

2) A. a. O. S. 13, 428.

3) A. a. O. S. 430 f.

4) A. a. O. S. 431.

5) A. a. O. S. 435.

6) A. a. O. S. 442.

7) A. a. O. S. 440.

8) A. a. O. S. 63, 136, 174, 206, 441, 478.

9) A. a. O. S. 79, 176, 441, 478.

ist¹⁾, ist SCHULZ in diesem Punkt von der Entwicklung der bereicherungsrechtlichen Dogmatik überholt worden. Seine Bedenken gegen eine direkte Anwendung des § 812 BGB sind daher auch nur auf Unverständnis und Kritik gestoßen²⁾.

Die Interessen des Eingreifers werden durch eine "Gegenrechnung" gewahrt. Da in seinem Vermögen der Zustand hergestellt werden soll, der bestehen würde, wenn der Eingriff unterblieben wäre, soll er den Abzug seiner Aufwendungen von dem herauszugebenden Eingriffserwerb verlangen können³⁾. Zu den in die Gegenrechnung einzustellenden Ausgaben sollen z.B. gehören die Materialkosten, Abschreibungen, Löhne, Zinsen für geliehenes Kapital, Miete für die Produktionsräume und auch ein Entgelt für die Arbeitsleistung des Eingreifers⁴⁾. Noch besser ergeht es nach SCHULZ demjenigen Eingreifer, dessen aufgewandte Arbeit und Kapital sich zum Wert des Eingriffsgegenstandes wie eine Hauptsache zur Nebensache verhalten. Er wird nur zur Zahlung eines Entgelts für die Benutzung des Eingriffsgegenstandes verpflichtet. Den Eingriffserwerb darf er behalten⁵⁾.

In seinem Prinzip, daß niemand aus einem widerrechtlichen Eingriff in ein fremdes Recht einen Gewinn machen dürfe, erblickt SCHULZ eine "Umkehrung der Schadensersatzidee"⁶⁾. "Nicht im Vermögen des Verletzten, wie beim Schadensersatz, sondern im Vermögen des Verletzers soll der Zustand hergestellt werden, wie er ohne den widerrechtlichen Eingriff bestehen würde⁷⁾". Nun stellt aber der Schadensersatzanspruch nicht allein eine Sanktion für rechtswidriges Handeln dar und dient nicht nur dem Schutz einer formalen Rechtsstellung. Seine eigentliche

1) Siehe oben S. 215 ff.

2) JAKOBS S. 63 f.; KRAUTWIG S. 86 f.

3) A. a. O. S. 451 f.

4) A. a. O. S. 89 ff.

5) A. a. O. S. 125; zustimmend JAKOBS S. 126.

6) A. a. O. S. 445; vgl. schon FISCHER a. a. O. (FN 4 S. 214) S. 12.

7) A. a. O. S. 445.

Grundlegung findet er in den verletzten Vermögensinteressen des Anspruchsberechtigten, die sich in dem erlittenen Schaden dokumentieren. Das Prinzip von SCHULZ gründet dagegen nicht auf einem verletzten Vermögensinteresse des Anspruchsberechtigten. Allein die Verletzung seines Rechts begründet für den Verletzten den Anspruch auf den Eingriffserwerb. "Eine weitere Begründung dieses Prinzips ist nicht möglich"¹⁾.

Das "System der Rechte auf den Eingriffserwerb" ist in der Literatur daher weitgehend auf Ablehnung gestoßen²⁾. Vornehmlich wurde eingewandt, es ließen sich unzählige Fälle finden, in denen die Kondiktion eingreife, obgleich der Erwerb nicht auf einem widerrechtlichen Eingriff in fremde Rechte beruhe³⁾. Zudem wurde es als unbillig empfunden, jeden und damit auch den schuldlosen Eingreifer sogar dann zur Herausgabe seines Gewinns zu verpflichten, wenn der Verletzte durch den rechtswidrigen Eingriff gar keinen Nachteil erlitten hatte⁴⁾, und es wurde darauf hingewiesen, daß es zu abwegigen Ergebnissen führe, wenn man allein auf die Rechtswidrigkeit des Eingriffs abstellte. Hiernach würde beispielsweise ein Komponist, der einen benachbarten Schmied vertraglich verpflichtet hätte, das Schmieden an gewissen Tagesstunden zu unterlassen, nach §§ 323, 281 BGB von dem Schmied Herausgabe des durch seine vertragswidrige Tätigkeit erlangten Verdienstes beanspruchen können⁵⁾.

1) A. a. O. S. 444.

2) PLANCK/LANDOIS § 812 Anm. 3; OERTMANN Vorbem. 1 a zu § 812; STAUDINGER/WERNER § 281 Rdnr. 5 - 8; HECK § 144 V, S. 435 f.; LEONHARDT § 243, S. 467; ENNECCERUS/LEHMANN § 222 FN 1, S. 886; LARENZ II § 68 II, S. 474 (insbes. FN 1); ORTH S. 118; WILBURG, Lehre S. 25 f., 105; KLEINHEYER a. a. O. (FN 1 S. 218) S. 471 f.; KOPPENSTEINER/KRAMER S. 83 f.; REEB S. 33 f.

3) PLANCK/LANDOIS; OERTMANN; LEONHARDT; ENNECCERUS/LEHMANN; WILBURG; jeweils a. a. O. Vgl. auch VON CAEMMERER, Festschrift für Rabel S. 352 f. = Ges. Schr. I S. 228 f.

4) STAUDINGER/WERNER; ENNECCERUS/LEHMANN; ORTH; WILBURG; jeweils a. a. O.

5) STAUDINGER/WERNER § 281 Rdnr. 8.

D. Die Gewinnhaftung als Folge der Lehre vom Zuweisungsgehalt (WILBURG).

Den Nachteil des SCHULZ'schen Systems, daß es mit dem Verzicht auf einen Schaden des Verletzten zugleich auch vollständig auf ein verletztes Vermögensinteresse als Anspruchsvoraussetzung verzichtete, vermeidet die von WILBURG¹⁾ begründete Lehre vom Zuweisungsgehalt. WILBURG lehnt es ab, die Bereicherungsansprüche als Sanktionen für rechtswidriges Handeln aufzufassen. Die Wurzel der Bereicherungsansprüche seien in den Rechten des Verkürzten zu suchen. Nicht die außerhalb des Rechts liegende Idee einer Vorteilsentziehung als strafende Reaktion gegen unrechtes Handeln bilde die Grundlage der Kondiktion. Diese nähme dem Schuldner vielmehr nur das weg, was nach den Grundsätzen der Güterverteilung einem anderen gebühre und stelle auf diese Weise ein natürliches und befriedigendes Gleichgewicht zwischen den beiden Vermögen her²⁾. Das, was nach den Grundsätzen der Güterverteilung einem anderen gebühre, brauche sich bei diesem anderen allerdings nicht als Schaden manifestiert zu haben. Behielte man das Erfordernis eines Schadens als Voraussetzung eines Bereicherungsanspruchs bei, geriete man mit der Wirklichkeit in Widerspruch. Diese Beschränkung sei durch den lebendigen Rechtsgebrauch überholt, der schon längst, insbesondere bei Verletzung von Immaterialgüterrechten und bei Bereicherung durch Gebrauch und Verbrauch fremder Sachen und aus Dienstleistungen, einen Bereicherungsanspruch auch ohne einen Schaden des Berechtigten zuerkannt habe³⁾. Die Funktion des Schadenserfordernisses aber, nämlich die Gründung der Kondiktion in einem verletzten Vermögensinteresse des Entreicherten, versucht WILBURG durch eine bessere Erfassung des Tatbestandsmerkmals "ohne rechtlichen Grund" zu erhalten.

1) Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, 1934.

2) A. a. O. S. 20, 27.

3) A. a. O. S. 97 ff. Siehe dazu oben S. 215 ff.

Im Gegensatz zu der bis dahin herrschenden Lehre¹⁾ verzichtet WILBURG dabei auf eine einheitliche Grundlegung des Bereicherungsanspruchs. Vielmehr behauptet er eine fundamentale Verschiedenheit zwischen den Klagen aus unbegründeter Leistung und aus Bereicherung ohne Leistung²⁾.

Die Leistungskondition beruht nach WILBURG in ihrem Wesen auf einem Irrtum über den Grund der Leistung³⁾. Eine Leistung ist für ihn daher ohne rechtlichen Grund bewirkt, wenn es auf Grund des Irrtums an einem der Leistung zugrunde liegenden rechtswirksamen Schuldverhältnis zwischen Geber und Nehmer fehlt. Hinter dem Leistungsge-
schäft erscheine als Rechtfertigung das Kausalgeschäft (causa). Das Fehlen der causa bewirke die Rechtsgrundlosigkeit der Leistung. Dahinter stehe die den Rechtsgeschäften eigene Rücksicht auf die Willensbildung⁴⁾.

Die Ansprüche wegen Bereicherung ohne Leistung könnten dagegen nicht mit dem Fehlen einer causa erklärt werden⁵⁾. WILBURG findet ihre Grundlage vielmehr in dem Zuweisungsgehalt des verkürzten Rechts. "Der rein sachliche Zweck des verkürzten Rechts, bestimmte Güter und deren Nutzen dem Berechtigten zuzuweisen"⁶⁾, erklärt für ihn die Ungerechtfertigkeit eines Erwerbs, der von einem anderen unter Verwendung eines fremden Rechts erzielt worden ist. WILBURG erläutert seine Auffassung am Beispiel des Eigentums. Im Eigentum liege die Anerkennung einer Zugehörigkeit, die Bestimmung der Sache für den Eigentümer und seine Interessen. Dieser Idee diene zunächst die dingliche Herrschaft, die in der rei vindicatio und in der actio negatoria ihren Ausdruck fände. Der wirtschaftliche Zweck des Eigentums aber reiche darüber hinaus. Sei, weil die Sache ihre Selbständigkeit verloren oder aufgehört habe zu bestehen, die Möglichkeit dinglicher Macht zu

1) Vgl. PLANCK/LANDOIS Vorbem. 2 a zu § 812.

2) A. a. O. S. 23, 49 ff.

3) A. a. O. S. 7.

4) A. a. O. S. 7, 10 f.

5) A. a. O. S. 12.

6) A. a. O. S. 27.

Ende, so erzeuge das Eigentum aus dem Gesichtspunkt der Rechtsverletzung Schadenersatzklagen und noch einfacher auf Grund seines Zuweisungsgehalts einen Bereicherungsanspruch gegen den, dem der Nutzen der Sache zugefallen sei. Denn die Verwendung einer fremden Sache widerspreche dem Zweck des Eigentums, da die Sache einem anderen gehöre und infolgedessen der Nutzen allein diesem zugewiesen sei. Die Bereicherungsansprüche sind für WILBURG Ausdruck der "zuweisenden Kraft"¹⁾ des Eigentums. Der Zweck des Eigentums lebe in der schuldrechtlichen Gestalt der Bereicherungsansprüche fort²⁾.

Mit der Ableitung der Ansprüche wegen Bereicherung ohne Leistung aus dem Zuweisungsgehalt eines verkürzten Rechts gründet WILBURG im Gegensatz zu SCHULZ die Kondiktion auf ein verletztes Vermögensinteresse des Anspruchsberechtigten. Er hat auf diese Weise das bis dahin von der herrschenden Auffassung geforderte Schadenserfordernis durch ein geeigneteres Kriterium ersetzt. Darauf, ob der Berechtigte einen Schaden erlitten hat, kommt es nicht mehr an. Denn maßgebend für den Gegenstand und den Umfang des Bereicherungsanspruchs ist allein der Zuweisungsgehalt des verkürzten Rechts.

Nach WILBURGS Auffassung liegt in der Anerkennung des subjektiven Rechts die Zuweisung desjenigen Erwerbs, der durch Ausübung oder Veräußerung erzielt wird. Der Anspruch richte sich als Rechtsfortwirkung auf alle Güter, die in den Zuweisungsbereich des Grundrechts fielen. Er betreffe alle Vorteile, die mit dem verwendeten Rechtsgut in wirtschaftlichem Zusammenhang stünden. Bei der Verwendung von körperlichen Sachen seien dies einerseits die Vorteile, die aus Verbrauch, Verarbeitung, Accession oder Veräußerung entstünden, und andererseits die Früchte und der Vorteil des Gebrauchs³⁾.

1) A. a. O. S. 29.

2) A. a. O. S. 28 ff.

3) A. a. O. S. 122.

Grundsätzlich richtet sich der Anspruch wegen Bereicherung ohne Leistung daher nach WILBURG auch auf einen Gewinn des Bereicherungsschuldners. Gleiches soll auch für die Leistungskondiktion gelten, die sich in der Gestaltung nicht von der "Rechtsfortwirkungsklage" unterscheiden soll¹⁾. Wie SCHULZ befürwortet auch WILBURG eine bereicherungsrechtliche Gewinnhaftung.

Ein Anspruch auf den gesamten Gewinn ergibt sich nach ihm aber nur dann, wenn der Erwerb ausschließlich auf dem Rechtsgut oder der Leistung des Bereicherungsgläubigers beruht²⁾. Geht der Erfolg dagegen zugleich auch auf die Arbeit und Unternehmertätigkeit des Bereicherungsschuldners zurück, wie es in der Regel der Fall sein dürfte, schlägt WILBURG eine Verteilung des Gewinns nach dem Verhältnis der Beitragswerte vor³⁾. Der Erfolgsanteil des Bereicherungsgläubigers soll dann durch das Verhältnis bestimmt werden, in welchem der Wert des verwendeten Rechtsguts zu der Beitragsleistung des Bereicherten steht⁴⁾. Dabei handle es sich nicht um eine Frage der Kausalität, "sondern um wirtschaftliche Zurechnung nach den Grundlagen praktischen Lebens"⁵⁾. Für den Fall des Verkaufs einer fremden Sache richte sich daher der Bereicherungsanspruch aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht auf den Teil des Erlöses, der durch die persönliche Leistung des Bereicherten erzielt worden sei⁶⁾.

Erscheint eine Berechnung nach Anteilen als undurchführbar, bleibt es auch nach WILBURG bei einer Ausgleichung durch Wertersatz, der durch die Zahlung einer ortsüblichen Vergütung geleistet wird⁷⁾. Denn auch die angemessene Vergütung bedeute eine Beteiligung am Verwendungserfolg und bilde daher keinen Gegensatz zum verhältnismäßigen Gewinnanteil⁸⁾.

1) A. a. O. S. 125.

2) A. a. O. S. 126.

3) A. a. O. S. 128 ff.; so auch die Rechtsprechung, siehe oben S. 196.

4) A. a. O. S. 131.

5) A. a. O. S. 131.

6) A. a. O. S. 132 f.

7) A. a. O. S. 133 ff.

8) A. a. O. S. 136.

Der Lehre vom Zuweisungsgehalt hat sich die Literatur nahezu einhellig angeschlossen¹⁾. Aber auch soweit diese Lehre heute abgelehnt wird, ist die von WILBURG entwickelte, an der Rechtsgüterzuordnung orientierte Betrachtungsweise für die Dogmatik der Eingriffskondiktion bestimmend geblieben. Es ist die übereinstimmende Grundauffassung aller in der neueren Literatur vertretenen Auffassungen, daß die Eingriffskondiktion auf einer der Güterzuordnung zuwiderlaufenden Inanspruchnahme fremden Rechtsguts beruht und damit einen Einbruch in eine fremde geschützte Rechts- und Vermögenssphäre voraussetzt²⁾.

Zweiter Abschnitt: Die Ablehnung der Gewinnhaftung in der modernen Lehre vom Zuweisungsgehalt. Rückforderung und Vergütung als Ziel der Kondiktion (VON CAEMMERER).

Das Kriterium des "Zuweisungsgehalts" ermöglicht in erster Linie eine Bestimmung der Rechtsgüter, deren Verletzung wegen ihres Zuweisungsgehalts einen Bereicherungsanspruch auslöst. Es ist aber nicht nur für den Grund, sondern auch für den Gegenstand des Anspruchs von Bedeutung. Während nach SCHULZ die Kondiktion als Sanktion für

-
- 1) Vgl. vor allem VON CAEMMERER, Festschrift für Rabel S. 352 ff. = Ges. Schr. I S. 228 ff.; ferner SOERGEL/SIEBERT/MÜHL § 812 Rdnr. 162; STAUDINGER/SEUFERT § 812 Rdnr. 52; ERMAN/ H.P. WESTERMANN § 812 Rdnr. 65; BGB-RGRK/HEIMANN-TROSIEN § 812 Rdnr. 42 ; BEUTHIEN StudK BGB § 812 Anm. III 2 c; PALANDT/THOMAS § 812 Anm 6 B; ENNECCERUS/LEHMANN § 222 II, S. 890; ESSER II § 104 I 3, S. 365; LARENZ II § 68 II, S. 409 f.; MEDICUS § 28 II Rdnr. 70 g ff.; FIKENTSCHER § §§ IV 1, S. 581; NIPPERDEY MDR 1955, 663; MESTMÄCKER JZ 1958, 521 ff.; HAAS S. 92 ff.; KURZ S. 13 ff.; PINGER MDR 1972, 102; BALZ S. 7 ff., 13 ff.; SCHLECHTRIEM DRiZ 1975, 65 (69 f.). Kritisch: JAKOBS S. 23 ff.; BATSCHE S. 71 ff.; KELLMANN S. 90 ff.; KRAUTWIG S. 6 ff.; HAINES S. 68 ff.; KLEINHEYER JZ 1970, 472 f.; REEB S. 34 ff.
- 2) Siehe unten S. 236 ff.

rechtswidriges Handeln - spiegelbildlich zum Deliktanspruch - die Herausgabe sämtlicher Gewinne fordert, für die der Eingriff oder die Leistung kausal gewesen ist, hat man sich vom Boden der Zuweisungslehre der Wertung zu stellen, welcher Erwerb des Bereicherungsschuldners dem Vermögen des Bereicherungsgläubigers zugewiesen ist. Das Kriterium der Kausalität wird durch ein wertendes Element ersetzt.

In der Folgezeit ist in Abweichung von der Konzeption WILBURGS diese Wertung gegen die bereicherungsrechtliche Gewinnhaftung ausgefallen. Auf dem Boden der Lehre vom Zuweisungsgehalt erfolgte die Abkehr von der abstrakten Orientierung des Bereicherungsanspruchs, die nach STIEVE die Kondition von anderen schuldrechtlichen Ansprüchen unterschied¹⁾, und die Ausbildung des Bereicherungsanspruchs als Herausgabe- und Wertersatzanspruch.

Eingeleitet wurde diese Entwicklung durch die Arbeiten VON CAEMMERERS²⁾. Grundanliegen VON CAEMMERERS ist es, der Maxime der ungerechtfertigten Bereicherung durch eine Aufgliederung des Bereicherungsanspruchs in verschiedene Typen von Bereicherungsansprüchen einen greifbaren Gehalt zu geben. Wo eine Generalklausel angewandt werden muß, die so weit und so allgemein gefaßt ist wie die Maxime der ungerechtfertigten Bereicherung, verspricht es nach Auffassung VON CAEMMERERS keinen Erfolg, die einzelnen Anspruchsvoraussetzungen abstrakt zu ermitteln und generell festzulegen. Nur durch die Bildung von Fallgruppen und Anspruchstypen und ihrer behutsamen Fortentwicklung an Hand der gefundenen Wertungen könne die Konkretisierung des Prinzips der ungerechtfertigten Bereicherung gelingen.

Maßgebliches für die Bildung einer Typologie der Bereicherungsansprüche ergebe sich dabei aus einer Konkretisierung

1) STIEVE S. 27; siehe oben S. 209 f.

2) Grundlegend: VON CAEMMERER, Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für Rabel S. 333 ff. = Ges. Schr. I S. 209 ff.

der Frage nach der Unrechtmäßigkeit der Bereicherung¹⁾.

Den wichtigsten Typ eines Bereicherungsanspruchs erblickt VON CAEMMERER in der Leistungskondiktion²⁾. Bei ihr handle es sich um die Rückabwicklung fehlgeschlagener Leistungen oder um die Rückabwicklung von Leistungen nach Erledigung des Kausalverhältnisses. Die Bereicherung des Leistungsempfängers sei "ohne rechtlichen Grund" entstanden, weil das der Leistung zugrunde liegende Kausalverhältnis nicht von Bestand gewesen sei. Als Rückabwicklungsanspruch gehöre die Leistungskondiktion als Ergänzung und Störungskorrektiv zum Recht der Güterbewegung. Sie stehe somit auf gleicher Stufe wie sonstige schuldrechtliche Abwicklungsansprüche bei Darlehen, Miete, Verwahrung, beim Rücktritt und bei der Wandlung³⁾.

Auf Grund dieser Einordnung der Leistungskondiktion in die sonstigen schuldrechtlichen Abwicklungsansprüche ist auch der Gegenstand der Leistungskondiktion bestimmt. Der Kondiktionsgläubiger kann alles das, was nach den Parteivereinbarungen den Gegenstand der Leistung bildet, vom Leistungsempfänger herausverlangen oder im Fall der Unmöglichkeit der Herausgabe entsprechenden Wertersatz verlangen⁴⁾. Wie bei den übrigen schuldrechtlichen Abwicklungsansprüchen ist mit dem Gegenstand der Leistung auch der Gegenstand der Rückgabeverpflichtung konkret bestimmt.

Mit einer derartigen Einordnung der Leistungskondiktion ist einer Verpflichtung des Schuldners zur Herausgabe eines unter Verwendung des Leistungsgegenstandes erarbeiteten Gewinns der Boden entzogen. Eine solche Verpflichtung ließe sich nur aus dem allgemeinen Begriff der "Bereicherung" deduzieren, einem Verfahren, vor dem zu warnen, gerade das Anliegen VON CAEMMERERS ist⁵⁾. Eine

1) A. a. O. S. 334 ff. = Ges. Schr. I. S. 211 ff.

2) A. a. O. S. 340 ff. = Ges. Schr. I. S. 217 ff.

3) A. a. O. S. 342 f. = Ges. Schr. I. S. 218 f.; vgl. dagegen STIEVE a. a. O. (FN 1 S. 210).

4) A. a. O. S. 348 = Ges. Schr. I S. 224.

5) A. a. O. S. 334 ff. = Ges. Schr. I S. 211 ff.; ders. SJZ 1948, Sp. 410 FN 43 = Ges. Schr. II S. 219.

Aufgliederung der Bereicherungsansprüche in bestimmte Fallgruppen ermöglicht dagegen das Auffinden von gleichartigen Ansprüchen und damit sowohl eine sinnvolle Einordnung der Leistungskondition in das System des Schuldrechts als auch eine seiner Funktion gemäße Ausgestaltung des Anspruchs.

Zugleich verliert der Begriff der "Bereicherung" seine nebelhaften Umrisse. Die Haftung auf die Bereicherung wird in ihrer Funktion erkennbar. Sie liegt darin, dem Leistungsempfänger, der das Fehlschlagen des Kausalverhältnisses nicht zu vertreten hat, nicht der strikten Haftung nach Rücktrittsgrundsätzen, sondern einer Haftung nach den mildernden Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zu unterwerfen¹⁾. Nur zu diesem Zweck, eine Milderung der Haftung herbeizuführen, findet der Begriff der Bereicherung im Gesetz Verwendung²⁾, nicht aber um eine Haftung auf die beim Schuldner eingetretene abstrakte Vermögensvermehrung und damit auf Gewinne zu ermöglichen.

Für die Fallgruppe der Eingriffskondition, d. h. diejenigen Fälle, in denen fremdes Gut gebraucht oder genutzt wird oder auf Grund gesetzlicher Vorschriften³⁾ erworben wird, sieht VON CAEMMERER in Anschluß an WILBURG die Unrechtmäßigkeit der Bereicherung darin, daß die Verwendungs der Sache im Widerspruch zum Zuweisungsgehalt des Eigentums steht. Dem Eigentümer gebühre nach dem Wesen des absoluten Rechts das *uti, frui, abuti*; ihm stehe es zu, die Sache zu gebrauchen und zu nutzen, sie zu verbrauchen und sie zu Gelde zu machen, sie zu verwerten.

1) A. a. O. S. 342, 368 = Ges. Schr. I S. 219, 244.

2) Vgl. §§ 323 Abs. 3, 327 Satz 2, 527 Abs. 1, 528 Abs. 1 Satz 1, 531 Abs. 2, 628 Abs. 1 Satz 3, 684 Satz 1, 818 Abs. 3; 852 Abs. 2, 951 Abs. 1 Satz 1, 977 Satz 1, 993 Abs. 1, 1301 Satz 1, 1434, 1457, 1973 Abs. 2 Satz 1, 1021, 2196 Abs. 1, 2329 Abs. 1 Satz 1; ferner § 717 Abs. 3 Satz 3 ZPO; § 7 Abs. 2 AnfG.

3) §§ 946 ff. BGB.

Greife ein Nichtberechtigter in dieses Recht ein, so habe er etwas erlangt, was nach dem Zuweisungsgehalt des Eigentums dem Eigentümer gebühre. Der Erwerb widerspreche der im Eigentum liegenden Güterzuweisung. Während daher die Leistungskondiktion dem Recht der Güterbewegung zugehöre, diene die Eingriffskondiktion dem Güterschutz ebenso wie der Deliktsanspruch, die Vindikation oder die actio negatoria¹⁾.

Aus dieser Zuordnung der Eingriffskondiktion zum Güterschutz folgt für VON CAEMMERER aber nicht wie für WILBURG eine Verpflichtung zur Herausgabe des Gewinns, den der Eingreifer aus der ungerechtfertigten Verwendung fremden Guts erlangt hat. Gegenstand der Eingriffskondiktion sei der Wert des Erlangten, nicht aber der vom Eingreifer erzielte Gewinn²⁾. Der Eingreifer habe daher den Wert des Gegenstandes, den er unberechtigt verkauft habe, zu ersetzen, nicht aber einen überschüssigen Verkaufsgewinn herauszugeben³⁾. Habe er eine fremde Sache gebraucht, müsse er den Wert des Gebrauchs vergüten⁴⁾. Denn zugewiesen sei dem Inhaber der Gebrauch oder Verbrauch des Rechts, so daß er Wertvergütung verlangen könne, wenn ein anderer dasselbe gebraucht, verbraucht oder verwertet habe⁵⁾.

Eine Gewinnherausgabe soll dagegen nur bei schuldhaften, außerhalb des Immaterialgüterrechts sogar nur bei vorsätzlichem Eingriff nach § 687 Abs. 2 BGB geschuldet werden⁶⁾. Insoweit bilde die Gewinnhaftung eine besondere Sanktion für den deliktischen Eingriff in ein fremdes Recht. Der vorsätzlich handelnde Eingreifer werde

1) A. a. O. S. 353 = Ges. Schr. I S. 230.

2) A. a. O. S. 356 = Ges. Schr. I S. 232.

3) A. a. O. S. 357 = Ges. Schr. I S. 233 f.; ferner Festschrift für Lewald S. 447 = Ges. Schr. 283; JR 1959, 462 f.

4) A. a. O. S. 352 = Ges. Schr. I S. 229.

5) A. a. O. S. 377 = Ges. Schr. I S. 254.

6) A. a. O. S. 359 = Ges. Schr. I S. 235; Festschrift für Lewald S. 448 = Ges. Schr. I S. 284; JR 1959, 462.

in die Rolle eines Treuhänders wider Willen gezwungen¹⁾. Eine solche Sanktion verhindere, daß der Eingriff in fremde Rechte ein lohnendes Geschäft zu werden verspreche. Das Unrecht solle nicht zum Rechenexempel werden, nach dem sich der widerrechtliche Eingriff in ein fremdes Recht rentiere, wenn der zu erwartende Gewinn den dem Verletzten zu ersetzenden Schaden übersteige²⁾.

Der gutgläubige Eingreifer dagegen, bei dem eine entsprechende Sanktion nicht notwendig und nicht angebracht erscheine, müsse wenigstens den Wert des Erlangten ersetzen.

Nach dieser Konzeption VON CAEMMERERS hat der Bereicherungsanspruch eine zweifache Zielsetzung.

Die Kondiktion ist auf Herausgabe und Rückleistung ausgerichtet, wenn der Kondiktionsschuldner einen Gegenstand erlangt hat. Befindet sich der erlangte Gegenstand nicht mehr im Vermögen des Schuldners, schuldet er Ersatz seines Wertes.

Hat der Kondiktionsschuldner einen Gegenstand ohne Rechtsgrund gebraucht, verbraucht oder genutzt, hat er dafür dem Berechtigten eine Vergütung zu entrichten. Der Bereicherungsanspruch ist insoweit nicht Herausgabeananspruch, sondern ein Anspruch auf die angemessene Vergütung: "Es handelt sich also nach der heute verpönten, gleichwohl aber durchaus zutreffenden Charakterisierung bei den Bereicherungsansprüchen zwar nicht um eine Haftung aus Quasikontrakt, wohl aber um eine Haftung quasi ex contractu. Wer fremdes Eigentum für sich verwendet, wer eine ihm nicht geschuldete Leistung empfangen und verbraucht hat, muß sie, wenn jedes Verschulden und damit jeder Gesichtspunkt der Schadloshaltung des Betroffenen fehlt, doch wenigstens vergüten, wie ein Käufer es hätte tun müssen."³⁾

1) A. a. O. S. 360 = Ges. Schr. I S. 236.

2) Festschrift für Lewald S. 448 = Ges. Schr. I S. 284; JR 1959, 462.

3) SJZ 1948 Sp. 510 = Ges. Schr. II S. 219; vgl. auch Festschrift für Lewald S. 448 = Ges. Schr. I S. 284.

Damit ist die aus dem Begriff der Bereicherung entwickelte abstrakte Orientierung des Bereicherungsanspruchs aufgegeben. Der Bereicherungsanspruch verliert seinen angeblich besonderen Charakter. Er geht nicht schlechthin auf die Herausgabe der Bereicherung¹⁾. Vielmehr ist die Kondiktion auf Rückleistung oder Vergütung ausgerichtet. Durch die Rückleistung eines erhaltenen Vermögenswertes oder die Bezahlung einer Nutzung wird ein dem Recht entsprechender Zustand wiederhergestellt. Denn der Entreicherte hätte die Nutzung nur gegen Entgelt zu gestatten brauchen. Der Bereicherungsschuldner wird daher zur Herausgabe oder zur Bezahlung des genossenen Vorteils verpflichtet. Dagegen darf er den Erwerb, den er selbständig erwirtschaftet hat, behalten.

Dieser Konzeption VON CAEMMERERS hat sich in der Folgezeit die herrschende Meinung angeschlossen²⁾. Sie wird auch der gesetzlichen Regelung am besten gerecht³⁾. Denn §§ 812 Abs. 1, 818 Abs. 1 und 2 sind auf die Herausgabe des konkret Erlangten ausgerichtet; auf die Bereicherung wird nur zum Zwecke der Haftungsmilderung verwiesen. Nur für den Fall einer Vermögensminderung kann man daher - wenn überhaupt - von einer abstrakten Orientierung des Bereicherungsanspruchs am Empfänger Vermögen sprechen⁴⁾.

1) VON CAEMMERER SZJ 1948 Sp. 509 = Ges. Schr. II 218.

2) Vgl. die Nachweise in FN 1 S. 109. Eine Gewinnhaftung wird abgelehnt von SOERGEL/SIEBERT/MÜHL § 812 Rdnr. 164, § 818 Rdnr. 11; STAUDINGER/SEUFERT § 812 Rdnr. 7 d FN x x x, § 818 Rdnr. 14, 23; BEUTHIEN StudK BGB § 816 Anm. I d; ENNECCERUS/LEHMANN § 221 II 2, S. 878, § 222 FN 1 (sub 3), S. 886; MEDICUS § 28 IV 1 Rdnr. 719; FIKENTSCHER § 100 I, S. 606, § 100 V, S. 608 f.; LARENZ II § 69 IV S. 501 f.; ders. Festschrift für von Caemmerer S. 209 ff. (218 ff., 228); NIPPERDEY MDR 1955, 664; MESTMÄCKER JZ 1958, 523; HAAS S. 98 ff.; BATSCHE S. 111; BALZ S. 507; LOPAU S. 75 ff.; GURSKY JR 1972, 280; PANKOW S. 49 ff.; PINGER MDR 1972, 103; RÜMKE S. 87 ff.; KÖNIG, Festschrift für von Caemmerer S. 179 ff. Vgl. auch BGH vom 27. 2. 1952 (II) = BGHZ 5, 197 (200); BGH vom 14. 6. 1952 (II) = BGHZ 6, 227 (232); BGH vom 20. 5. 1964 (VIII) = NJW 1964, 1853.

3) Siehe auch oben S. 110 ff.

4) Zutreffend LARENZ, Festschrift für von Caemmerer S. 223.

Auch die Anordnung einer Vergütung für die rechtsgrundlose Nutzung von Vermögenswerten findet sich im Gesetz. Zwar fehlt es an einer ausdrücklichen Normierung, wie man sie in § 346 Satz 2 BGB im Rücktrittsrecht vorfindet. Denselben Zweck erfüllt aber § 818 Abs. 2 BGB, der vorschreibt, daß Wertersatz zu leisten sei, wenn "die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich" ist. In dieser stark abstrahierenden Formulierung ist der Gedanke der Wertvergütung allerdings nicht sehr klar zum Ausdruck gekommen. Deutlicher findet er sich noch im Vorentwurf, der ihn im § 10 normierte¹⁾. Ähnliche Vorschriften wie im Vorentwurf fanden sich auch in den früheren Landesgesetzen und Gesetzentwürfen²⁾. Die erste Kommission dagegen glaubte, auf eine besondere Bestimmung verzichten zu können. Im Rahmen der Bestimmung des Haftungsumfangs sollte die Formulierung des § 818 Abs. 2 BGB gleiche Dienste tun³⁾.

Tatsächlich ist aber durch diese redaktionelle Äußerung in der Folgezeit in Vergessenheit geraten, daß die Vergütung für die Verwendung fremden Vermögensgutes einen eigenen Aspekt bereicherungsrechtlicher Haftung bildet, der sich durchaus von der Rückforderung unterscheidet⁴⁾. So hat MESTMÄCKER⁵⁾ die quasikontraktliche Lösung VON CAEMMERERS nicht mit § 812 BGB vereinbaren können, und JAKOBS⁶⁾ glaubte den Ausführungen VON CAEMMERERS entnehmen zu müssen, daß dieser den Verbrauch oder Gebrauch als eigenständige Vermögensvorteile ansähe, die des Übergangs von einem Vermögen in ein anderes fähig seien⁷⁾.

1) Der Text ist oben auf Seite 134 wiedergegeben.

2) Vgl. die Nachweise oben in FN 1 S. 134.

3) Motive MUGDAN II S. 466.

4) Siehe auch oben S. 132 ff.

5) JZ 1958, 522.

6) S. 34.

7) JAKOBS S. 33 und KRAUTWIG S. 48 f. kritisieren, daß VON CAEMMERER nicht genau erkennen lasse, was er als das Erlangte im Sinne von § 812 BGB ansähe. Diese Kritik geht fehl, wenn man den Bereicherungsanspruch als Vergütungsanspruch begreift.

In der Tat ist durch Erweiterung des Vermögensbegriffs häufig versucht worden, in diesen Fällen eine Vermögensverschiebung zu konstruieren¹⁾. Vor allem aber wurde bemängelt, daß die Pflicht zur Vergütung den Bereicherungsanspruch zu einer Vertragsfalle für den Schuldner werden lasse²⁾. Dabei wurde aber zu wenig berücksichtigt, daß der gutgläubige Schuldner hinreichend durch § 818 Abs. 3 BGB geschützt ist³⁾.

Dritter Abschnitt: Die Neubegründung einer Gewinnhaftung in der neueren Dogmatik.

A. Die Anknüpfung an die von SCHULZ und WILBURG entwickelten dogmatischen Grundlagen.

I. Die Gewinnhaftung als Sanktion für den rechtswidrigen Eingriff.

Da auf der Grundlage der Lehre vom Zuweisungsgehalt von der herrschenden Lehre der Bereicherungsanspruch als Wertersatzanspruch ausgebildet worden ist, wurde in der Folgezeit zur Ausbildung einer bereicherungsrechtlichen Gewinnhaftung wieder auf die Rechtswidrigkeitstheorie von SCHULZ zurückgegriffen.

Die Versuche, eine Gewinnhaftung gestützt auf die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zu entwickeln, gründen in der Kritik an der Rechtsprechung, die eine Gewinnhaftung für den Bereich

-
- 1) ORTH S. 149; JUNG, Bereicherungsansprüche S. 46; vgl. ferner die Nachweise in FN 1 S. 128. Dagegen zutreffend JAKOBS, KRAUTWIG, HAINES; KELLMANN; ROTH; WILHELM; KOPPENSTEINER/KRAMER, jeweils a. a. O. (FN 1 S. 129). Siehe auch oben S. 128 ff.
2) MESTMÄCKER a. a. O. (FN 5 S. 235) S. 524; KLEINHEYER JZ 1961, 475; JAKOBS S. 40, 72; KELLMANN, Gewinnhaftung S. 133; KOPPENSTEINER NJW 1971, 1770; REEB S. 99 f.
3) Siehe oben S. 134 ff.

der gewerblichen Schutzrechte und des Urheberrechts im Wege der sogenannten dreifachen Schadensberechnung in Anlehnung an § 687 Abs. 2 BGB entwickelt hat¹⁾. Diese Rechtsprechung wird kritisiert, weil sie die Gewinnhaftung auf den schuldhaften Eingriff in gewerbliche Schutzrechte beschränkt und vor allem weil man der Auffassung ist, daß sich die Gewinnhaftung weder dogmatisch in das Schadensersatzrecht einordnen läßt, noch eine Stütze in § 687 Abs. 2 BGB findet, da diese Vorschrift die Herausgabe des Gewinns ausdrücklich von einem wissentlichen Eingriff abhängig macht²⁾. Außerdem wird bezweckt, den bei Verletzungen des Persönlichkeitsrechts von der Rechtsprechung praeter legem zuerkannten Schmerzensgeldanspruch durch einen bereicherungsrechtlichen Gewinnhaftungsanspruch abzulösen³⁾.

Die Diskussion um die Begründung einer Gewinnhaftung auf der Grundlage des Bereicherungsrechts befaßt sich daher vornehmlich mit der Eingriffskondiktion, während die Leistungskondiktion eher am Rande mitbehandelt wird. Dennoch ist im Rahmen dieser Untersuchung auf die einzelnen Auffassungen einzugehen, da im Wege ihrer Darstellung deutlich gemacht werden kann, auf welchen Prämissen grundsätzlich die bereicherungsrechtliche Gewinnhaftung basiert.

-
- 1) Vgl. SOERGEL/SIEBERT/ZEUNER § 823 Rdnr. 181; LINDENMAIER/WEISS § 47 PatG Rdnr. 33 ff. (38), jeweils m. w. N.
 - 2) JAKOBS S. 72 ff., 91 f.; KELLMANN, Gewinnhaftung S. 71 ff. HAINES S. 4 ff.
 - 3) JAKOBS S. 107 f.; KLEINHEYER JZ 1970, 471 ff. (476 f.). Ob die Gewinnhaftung als Sanktion für die Verletzungen des Persönlichkeitsrechts geeigneter ist als eine Pflicht zur Leistung von Schmerzensgeld, die in ihrer Höhe nach der Schwere der Verletzung und der Schuld bestimmt wird, ist mehr als zweifelhaft. Gerade der von KLEINHEYER a. a. O. angeführte "Fernseh-Ansagerinnen-Fall" (BGH vom 5. 3. 1965 (VI) = BGHZ 59, 124) spricht dagegen. Denn die Auflagenziffer einer Boulevardzeitung hängt nicht geradewegs von der einzelnen in ihr begangenen Persönlichkeitsrechtsverletzung ab. Wie soll man den von ihr herrührenden Gewinn feststellen und was passiert, wenn kein Gewinn erzielt wird? Entfällt dann ein Ausgleich für erlittene Unbill? Neben dem Schadensersatzrecht sollte allerdings auch das Bereicherungsrecht dem Schutz der Persönlichkeit dienstbar sein, eingehend dazu SCHLECHTRIEM, Festschrift für Hefermehl, S. 445 ff.

1. Die Wiederbelebung des Systems der Rechte auf den Eingriffserwerb (JAKOBS).

Auf die von SCHULZ entwickelte Grundlegung des Bereicherungsanspruchs als Sanktion für widerrechtliches Handeln hat in erster Linie JAKOBS zurückgegriffen¹⁾. JAKOBS kritisiert WILBURGS Versuch, eine Gewinnhaftung auf der Basis der Lehre vom Zuweisungsgehalt zu entwickeln. Mit der neueren Lehre geht er davon aus, daß der Zuweisungsgehalt eines Rechts nicht den Verwendungserfolg umfasse. Der Zuweisungsgehalt etwa des Eigentums umfasse nicht den Nutzen, sondern erstrecke sich nur auf die Nutzziehung²⁾. Die Auffassung WILBURGS beruhe auf der "verfehlten ökonomischen Anschauung, als ob der wirtschaftliche Ertrag aus den Gegenständen hervorstübe wie die Pflanze aus dem Boden, als ob es Gegenstände gäbe, in denen ein wirtschaftlicher Ertrag schon darin steckte, wie das Mineral im Bergwerk"³⁾.

Für JAKOBS folgt daraus aber nicht die Beschränkung der Kondition auf Wertersatz. Darin erblickt er vielmehr eine Folge des von ihm kritisierten "Dogmas der Vermögensverschiebung", aus dem sich ergäbe, daß nur das aus dem Vermögen des Entreicherten Ausgegangene und nie mehr als dessen Wert kondiziert werden könne⁴⁾. Um dieses Prinzip zu überwinden, gründet JAKOBS die Eingriffskondition auf die Rechtswidrigkeit des Eingriffs. Wollte man den Bereicherungsanspruch überhaupt auf einen Gewinn erstrecken, so sei die Widerrechtlichkeit des Eingriffs der einzige Kontakt zwischen der Bereicherung des Nichtberechtigten und dem Vermögen des Berechtigten, auf den sich der Bereicherungsanspruch gründen lasse⁵⁾. Basis einer Gewinnhaftung könne daher nur als von SCHULZ herangezogene Prinzip sein, daß grundsätzlich niemand aus einem widerrechtlichen Eingriff einen Gewinn machen dürfe. Nicht deswegen

1) Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 1964.

2) A. a. O. S. 33.

3) A. a. O. S. 29. Zitat von SCHULZ a. a. O. (FN 2 S. 219) S. 205, 220 FN 613.

4) A. a. O. S. 41 ff.

5) A. a. O. S. 28.

sei der Eigentümer zur Kondiktion des durch die Verwendung der Sache erlangten Gewinns legitimiert, weil dieser Gewinn über das ausschließliche Recht des Eigentümers, ihn zu erzielen, doch irgendwie noch zum Vermögen des Eigentümers gehöre, sondern weil die Anerkennung des ausschließlichen Rechts die Anerkennung des Anspruchs auf den durch einen anderen in Widerspruch zu diesem Recht gezogenen Gewinn als Sanktion gebiete. Es hieße, das ausschließliche Recht des Eigentümers, den Gewinn zu erzielen, aufzuheben, wenn man einen anderen den Gewinn, den er im Widerspruch zu diesem Recht gezogen habe, belassen würde¹⁾.

"Ohne rechtlichen Grund" erlangt ist daher nach JAKOBS derjenige Erwerb, der rechtswidrig, d. h. unter Verwendung fremden Rechtsguts im Widerspruch zum Recht eines anderen²⁾, erzielt worden ist. JAKOBS gesteht allerdings zu, daß die Rechtswidrigkeit einer bereichernden Handlung allein keine ausreichende Legitimation zur Kondiktion abgeben könne³⁾. Er entgeht der gegen SCHULZ gerichteten Kritik⁴⁾ und nähert sich der Lehre vom Zuweisungsgehalt, da er fordert, daß der Erwerb die Folge einer Handlung sein müsse, die im Widerspruch zum Recht eines anderen mit vermögensrechtlicher Tragweite stehe⁵⁾. Dementsprechend begründet er den Anspruch auf Gewinnherausgabe wegen eines Eingriffs in Immaterialgüterrechte aus dem Inhalt dieser Rechte⁶⁾.

Wie für die Vertreter der Lehre vom Zuweisungsgehalt ist daher auch für JAKOBS die Eingriffskondiktion eine Folge eines Einbruchs in eine fremde geschützte Rechts- und Vermögenssphäre. Seine Konzeption unterscheidet sich von jener Lehre aber in zweifacher Weise. Zum einen verzichtet er auf einen besonderen "Zuweisungsgehalt" des

1) A. a. O. S. 106.

2) A. a. O. S. 30.

3) A. a. O. S. 28.

4) Dazu siehe oben S. 223 f. mit Nachweisen.

5) A. a. O. S. 64.

6) A. a. O. S. 73.

verletzten Rechts als Voraussetzung einer Eingriffskondiktion¹⁾. Vielmehr liegt nach JAKOBS ein Einbruch in eine fremde Rechtssphäre, der eine Eingriffskondiktion auslöst, schon immer dann vor, wenn dem Verletzten ein Unterlassungsanspruch zugestanden hätte²⁾. Der Tatbestand der Eingriffskondiktion erhält dadurch für ihn dieselbe Gliederung wie der des deliktischen Schadensersatzanspruchs. Die Rechtswidrigkeit des Erwerbs ergibt sich aus einem Verstoß gegen ein absolutes Recht oder die guten Sitten oder aus der Verletzung eines Schutzgesetzes³⁾.

Zum anderen sieht JAKOBS die Begründung für eine Gewinnhaftung nicht darin, daß der Gewinn dem Vermögen des Verletzten rechtlich zugewiesen ist. Die Kondiktion ist daher nach JAKOBS nicht auf einem verletzten Vermögensinteresse des Entreicherten gegründet, welches vorläge, wenn der vom Eingreifer erzielte Gewinn rechtlich dem Vermögen des Entreicherten zugerechnet werden müßte. Der Bereicherungsanspruch hat für JAKOBS wie für SCHULZ vielmehr negatorischen Charakter. Während durch die actio negatoria von vornherein verhindert wird, daß der Nichtberechtigte Gewinne erzielt, schöpft die Eingriffskondiktion nachträglich die rechtswidrig erzielten Gewinne ab, so daß der Eingreifer ex post so gestellt wird, wie wenn die rechtswidrige Inanspruchnahme durch die actio negatoria verhindert worden wäre. Auf diese Weise bildet die Eingriffskondiktion einen Bestandsschutz für die dem Berechtigten zustehenden Vermögensrechte⁴⁾.

1) Vgl. die Kritik an der Lehre vom Zuweisungsgehalt a. a. O. S. 32 ff.

2) A. a. O. S. 106 f.

3) A. a. O. S. 122. Demgegenüber soll nach der Lehre vom Zuweisungsgehalt weder der Verstoß gegen gute Sitten noch die Verletzung eines Schutzgesetzes die Kondiktion auslösen, vgl. VON CAEMMERER, Festschrift für Rabel S. 396 ff. = Ges. Schr. I S. 272 ff.

4) A. a. O. S. 122.

2. Neuere Lehren.

Neuere Lehren¹⁾, die sich des Problems der Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung und der Begründung einer bereicherungsrechtlichen Gewinnhaftung annehmen, folgen zum größten Teil dieser von JAKOBS entwickelten dogmatischen Konzeption und bewegen sich damit in dem Rahmen, der von der Lehre vom Zuweisungsgehalt und der Rechtswidrigkeitslehre SCHULZ' gesteckt worden ist.

Die Lehre vom Zuweisungsgehalt fordert als Voraussetzung der Eingriffskondiktion ein subjektives Recht oder eine vergleichbare rechtlich geschützte Position des Verletzten, auf Grund derer ihm die Nutzung und Verwertung eines Gutes zugewiesen ist²⁾. Die neueren Lehren stehen wie JAKOBS dieser Auffassung nahe, da auch sie die Verletzung eines rechtlich geschützten Gutes als Voraussetzung der Eingriffskondiktion fordern. So verlangt KLEINHEYER und ihm folgend REEB und KOPPENSTEINER/KRAMER, daß die Bereicherung unter Benutzung und Verwendung "fremder Rechtsgüter" erzielt worden sein müsse³⁾. Von einem Rechtsgut sprechen diese Autoren, wenn und soweit die Rechtsordnung einer Person gestatte, über die Verwendung dieses Gutes zu bestimmen und sich gegen Zugriffe auf dieses Gut zur Wehr zu setzen, in der Regel also, wenn und soweit ein Unterlassungsanspruch zugebilligt werde⁴⁾. In ähnlicher Weise stellt KELLMANN auf die rechtswidrige Ausnutzung eines "fremden, identifizierbaren Rechtsobjekts" ab⁵⁾. Dazu genüge die Verletzung jeder Rechtsnorm, die einen anderen von der Benutzung eines konkreten Rechtsobjekts ausschließe⁶⁾. Entscheidend ist für KELLMANN

1) Einen Überblick geben KOPPENSTEINER/KRAMER S. 81 ff. und REEB S. 31 ff.

2) WILBURG a. a. O. (FN 2 S. 212) S. 28 ff.; 35 ff.;
VON CAEMMERER a. a. O. (FN 2 S. 229) S. 352 ff.,
396 ff. = Ges. Schr. I S. 228 ff.; 272 ff.

3) KLEINHEYER a. a. O. (FN 3 S. 219) S. 473; KOPPENSTEINER/
KRAMER S. 94; REEB S. 37.

4) A. a. O.

5) KELLMANN a. a. O. (FN 2 S. 219) S. 103 ff., 110 ff.

6) A. a. O. S. 111.

daher ebenfalls, daß dem Verletzten eigene Abwehransprüche gegen Dritte erwachsen¹⁾. In sachlicher Nähe zu diesen Auffassungen befindet sich auch HAINES, der als Voraussetzung der Kondiktion die Verletzung eines "rechtlich-gesicherten Individualinteresses", eines "Individual-Rechtsgutes" fordert, dessen Vorliegen er aus dem Zweck der verletzten Rechtsnorm begründen will²⁾. Ein Vermögensvorteil sei dann auf Kosten eines anderen erlangt, wenn er unter objektiv-rechtswidrigen Verstoß gegen eine Norm gewonnen werde, die sich an unbestimmt viele Normadressaten richte und die die Begünstigung des Bereicherungsgläubigers als eines konkreten einzelnen bezwecke. Charakteristikum der "kondiktionswürdigen" Fälle ist für HAINES das Rechtsschutzmonopol, die Dispositionsmöglichkeit eines einzelnen über den Rechtsschutz³⁾. Sicheres Indiz für eine "Individual-Begünstigung", die dem einzelnen die Disposition über einen bestimmten Bereich vorbehalten⁴⁾, sei daher die Möglichkeit des Bereicherungsgläubigers, das Verhalten des Rechtsbrechers durch seine Duldung unangreifbar und damit rechtmäßig zu machen⁵⁾.

Mit der Lehre vom Zuweisungsgehalt haben die genannten Auffassungen somit gemeinsam, daß sie als Voraussetzung der Eingriffskondiktion einen Einbruch in eine fremde geschützte Rechtssphäre verlangen. Charakterisiert wird die geschützte Rechtssphäre durch die dem Berechtigten gewährte Befugnis, sich gegen Eingriffe zur Wehr zu setzen, respektive Eingriffe durch sein Einverständnis rechtmäßig werden zu lassen.

Während aber die genannten Auffassungen sich mit der Feststellung eines Eingriffs in eine fremde geschützte Rechtssphäre als Voraussetzung der Eingriffskondiktion

1) A. a. O. S. 112.

2) HAINES S. 89 ff., 102.

3) A. a. O. S. 101.

4) A. a. O. S. 102.

5) A. a. O. S. 107.

begnügen und daher dem Verletzten immer dann auch die Eingriffskondition zubilligen, wenn ihm zum Schutz eigener Interessen Abwehr- und Schadensersatzansprüche eingeräumt worden sind, fordert die Lehre vom Zuweisungsgehalt darüber hinaus, daß der beeinträchtigten Rechtsposition ein spezifischer Zuweisungsgehalt zukommen müsse, zu dem die eingetretene Bereicherung in Widerspruch stehe¹⁾. Dieses Erfordernis, daß der vom Eingreifer erlangte Erwerb dem Berechtigten zugewiesen sein muß, hat die gleiche Funktion wie der Schaden als Voraussetzung eines Deliktanspruchs: es dokumentiert das verletzte Vermögensinteresse des Entreicherten²⁾.

Kritik erfährt diese Lehre vor allem wegen des Begriffs des Zuweisungsgehalts. Diesem Begriff wird nicht mehr Bedeutung als dem eines Schlagwortes, einer Leerformel, zugemessen, die erst noch einer inhaltlichen Ausfüllung bedürfe³⁾. Aus dem Gesetz ließe sich dafür allerdings nur in den seltensten Fällen etwas entnehmen⁴⁾, so daß sich mit Hilfe dieses Begriffs alles oder nichts begründen lasse. Zur Stützung dieses Vorwurfs wird auf die Meinungsvielfalt hingewiesen, die bei der Beurteilung des Persönlichkeitsrechts, des Warenzeichenrechts, des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und bei der Beurteilung von Verstößen gegen Wettbewerbsvorschriften herrscht⁵⁾. Insbesondere wird es auch als willkürlich empfunden, daß nur absoluten Rechten Zuweisungsgehalt zukommen soll⁶⁾.

Die Kritik hinsichtlich des letzten Punktes übersieht allerdings, daß der Lehre vom Zuweisungsgehalt ein entsprechender Formalismus durchaus fernliegt⁷⁾. Das

-
- 1) Vgl. VON CAEMMERER a. a. O. (FN 2 S. 229) S. 396 ff.
= Ges. Schr. I S. 272 ff. ESSER II § 104 II 3, S. 365 f.
 - 2) Siehe auch oben S. 214, 223, 226.
 - 3) JAKOBS S. 24, 104; HAINES S. 84; REEB S. 36.
 - 4) KLEINHEYER a. a. O. (FN 3 S. 237) S. 472; REEB S. 35.
Dagegen unter Hinweis auf die Modellfunktion der §§ 903 ff.
BGB MEDICUS § 28 II 3 a Rdnr. 709; vgl. auch ERMANN/
H. P. WESTERMANN § 812 Rdnr. 66.
 - 5) Nachweise bei HAINES S. 85 f.
 - 6) KELLMANN a. a. O. (FN 2 S. 237) S. 92 ff.; REEB S. 36.
Weitere Kritik bei KRAUTWIG S. 59 ff. und HAINES
S. 68 ff., 89 ff.
 - 7) Vgl. VON CAEMMERER a. a. O. (FN 2 S. 229) S. 398 =
Ges. Schr. I S. 274 f.

absolute Recht bildet nur den wichtigsten Fall einer mit Zuweisungsgehalt ausgestatteten Rechtsposition. Aber auch im übrigen trifft die Kritik eher den Begriff als die seine Existenz rechtfertigende Begründung. Die Lehre vom Zuweisungsgehalt geht von der Erkenntnis aus, daß nicht jedes Rechtsgut, das Schutz durch deliktische oder negatorische Ansprüche genießt, auch des kondiktionsrechtlichen Schutzes bedarf¹⁾. Hinter der Frage nach dem Zuweisungsgehalt eines Rechts verbirgt sich daher die Wertungsfrage, ob das betreffende Rechtsgut neben dem deliktischen und negatorischen Schutz auch noch dem Schutz der Eingriffskondiktion unterstellt werden soll²⁾. Zweck dieser Wertung ist es, den Interessenkonflikt zwischen dem Anspruch des Verletzten auf umfassenden Rechtsschutz und dem Interesse des schuldlosen Eingreifers an freier gewerblicher Betätigung Rechnung zu tragen³⁾. Gerade die Meinungsvielfalt, die bei der Beurteilung des Zuweisungsgehalt von bestimmten Rechten herrscht, sollte ein Indiz für die Notwendigkeit dieser Wertung darstellen. Eine Ablehnung der Lehre vom Zuweisungsgehalt bedeutet dagegen zugleich eine einheitliche Wertung für sämtliche Rechtspositionen. Grundsätzlich sollte aber einer differenziertere Lösungen zulassenden Begründung der Vorzug gegeben werden.

Ein weiterer fundamentaler Unterschied zwischen der Lehre vom Zuweisungsgehalt und der in Kritik zu ihr entwickelten Auffassungen ist für die vorliegende Untersuchung von größerer Bedeutung. Von den Gegnern der Lehre vom Zuweisungsgehalt wird die Eingriffskondiktion als eine Sanktion für die Rechtsverletzung des Eingreifers angesehen. Den Ausgangspunkt dieser Auffassung bildet immer

1) MEDICUS a. a. O. (FN 4 S. 234) a. E.; vgl. auch FIKENTSCHER § 97 II 2, S. 562 f.

2) KÖNDGEN, Festschrift für Esser S. 55 ff. (60 f.). Als "einen Appell zu offener Wertung" faßt auch ERMANN/H. P. WESTERMAIEN § 812 Rdnr. 66 die Lehre vom Zuweisungsgehalt auf, vgl. ferner JAUERNIG/SCHLECHTRIEM § 812 Anm. II 1 a, ders. in Festschrift für Hefermehl S. 445 ff., insbes. S. 448.

3) MESTMÄCKER a. a. O. (FN 5 S. 235) S. 522.

noch die Maxime von SCHULZ, daß niemand aus einer Rechtsverletzung einen Vorteil ziehen dürfe¹⁾. Ausgehend von dieser Maxime erweist sich der Gewinn des Eingreifers als prinzipiell schutzunwürdig²⁾. Er ist daher grundsätzlich vom Eingreifer herauszugeben, und es gilt nur noch einen geeigneten Anspruchsberechtigten zu ermitteln, der in dem Inhaber des verletzten Rechts leicht gefunden ist³⁾. Als gegen Rechtsverletzungen gerichtete Sanktion dient der Bereicherungsanspruch der Sicherung und dem Schutz der subjektiven Rechte des Verletzten durch die Abschöpfung des Eingriffsgewinns zwangsläufig unabhängig davon, ob durch die Rechtsverletzung Vermögensinteressen des Verletzten berührt werden⁴⁾, während nach der Lehre vom Zuweisungsgehalt gerade diese Frage von entscheidender Bedeutung ist. Ebenso treten die vermögensmäßigen Interessen des Bereicherten an dem durch eigene Tätigkeit in Unkenntnis des fremden Rechts erzielten Gewinn in den Hintergrund, da die Rechtsverletzung diesen Erwerb grundsätzlich als schutzunwürdig erscheinen läßt.

II. Die Gewinnhaftung als Folge des Zuweisungsgehalts von Rechtspositionen (WILHELM).

Indem die Lehre vom Zuweisungsgehalt darauf abstellt, ob der Erwerb im Widerspruch zum Zuweisungsgehalt des verletzten Rechts steht, begründet sie die Kondiktion aus einem verletzten Vermögensinteresse des Entreicherten. Der Eingreifer hat dem Verletzten dasjenige zu erstatten, was von Rechts wegen der Vermögenssphäre des Verletzten zugewiesen ist. Diese Konzeption führte - wie

1) KLEINHEYER a. a. O. (FN 3 S. 237) S. 473; KELLMANN a. a. O. (FN 2 S. 237) S. 133; KRAUTWIG S. 100 f.; HAINES S. 49 f., 89, 109 f.

2) KLEINHEYER und HAINES a. a. O.

3) KLEINHEYER a. a. O.; HAINES S. 101 (anders S. 107).

4) Ebenso wie die actio negatoria unabhängig davon gewährt wird, ob ein Schaden vorliegt.

dargelegt worden ist¹⁾ - zu einer Ablehnung der bereicherungsrechtlichen Gewinnhaftung und zu einer Beschränkung der Eingriffskondiktion auf Wertersatz.

Neuerdings begründet allerdings WILHELM wieder eine bereicherungsrechtliche Gewinnhaftung als Anspruch "aus dem Vermögen" des Gläubigers²⁾. Auch für WILHELM bildet die Verletzung der Rechte des Gläubigers die Grundlage der Kondiktion, basiert die Kondiktion auf dem Prinzip der Rechtswiederherstellung. In Übereinstimmung mit den neueren Lehren lehnt er ebenso eine Unterscheidung der Rechte mit Zuweisungsgehalt von sog. Ausschlußrechten oder Schutzpositionen ohne Zuweisungsgehalt ab³⁾.

Andererseits ist für WILHELM nicht die rechtswidrige Inanspruchnahme fremden Rechtsguts der entscheidende Tatbestand, auf den mit dem Bereicherungsanspruch als Sanktion reagiert werde. Der handlungsorientierte Widerrechtlichkeitsbegriff von SCHULZ, JAKOBS und den anderen genannten Autoren wird von ihm durch die Rechtswidrigkeit des Habens, die widerrechtliche "Vermögensherrschaft" des Schuldners ersetzt⁴⁾. Der Schuldner wird nach WILHELM nicht dem Bereicherungsanspruch unterworfen, weil er durch rechtswidriges Handeln Rechtsgüter des Gläubigers verletzt habe und verhindert werden müsse, daß er Gewinn aus einer Rechtsverletzung ziehe, sondern weil er etwas in seinem Vermögen habe, was dem Gläubiger nach seinem Recht oder seiner Rechtsposition gebühre⁵⁾.

WILHELM befindet sich insoweit auf dem Boden der Lehre vom Zuweisungsgehalt, indem er die Widerrechtlichkeit der Vermögensherrschaft des Schuldners aus der Zuweisung des Gutes zum Vermögen des Gläubigers herleitet⁶⁾. Der Zuweisungsgehalt eines Rechts erschöpft sich

1) Siehe oben S. 228 ff.

2) Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, 1973.

3) A. a. O. S. 95.

4) A. a. O. S. 77 ff., 98 ff.

5) A. a. O. S. 80, 99.

6) A. a. O. S. 93.

nach WILHELM - in Übereinstimmung mit WILBURG¹⁾ - aber nicht nur in der Zuweisung des Rechtsobjekts zum Vermögen des Rechtsinhabers, er umfaßt vielmehr auch einen unter Verwendung des Rechtsobjekts erzielten Gewinn. Die Zuweisung des Gewinns zum Vermögen des Gläubigers folgert WILHELM daraus, daß die gewinnbringende Handlung dem Gläubiger auf Grund seiner Rechtsstellung vorbehalten ist²⁾. Das aus der rechtlichen Zuordnung des Rechtsobjekts zum Vermögen des Gläubigers folgende ausschließliche Recht des Gläubigers zur gewinnbringenden Verwendung des Rechtsobjekts bewirkt für WILHELM die rechtliche Zuordnung jeglichen Verwendungserfolgs zum Vermögen des Gläubigers. Ein unter nichtberechtigter Verwendung eines fremden Gutes gezogener Gewinn ist daher "aus dem Vermögen" des Berechtigten erlangt.

Eine Bereicherung aus fremdem Vermögen ist dementsprechend für WILHELM nicht nur dann gegeben, wenn die Bereicherung gegenständlich aus dem fremden Vermögen stammt, sondern auch dann, wenn sie mit Hilfe eines fremden Vermögenswertes erlangt ist³⁾. Auf diese Weise gelingt es WILHELM, die Kondiktion einer auf einer Vermögensverschiebung beruhenden Bereicherung und die Kondiktion einer unter Verwendung fremden Gutes erlangten Bereicherung einem einheitlichen Prinzip unterzuordnen: dem "Prinzip der Rechtswiederherstellung gegenüber der rechtswidrigen Bereicherung durch fremdes Vermögensgut oder infolge fremden Vermögensguts"⁴⁾.

Die Grundlegung seiner Theorie findet WILHELM in der Kondiktionenlehre VON SAVIGNYS, deren Befreiung "aus der Verbannung in die zu überwindende dogmengeschichtliche Vergangenheit" er anstrebt⁵⁾.

1) Siehe oben S. 226 ff.

2) WILHELM a. a. O. S. 83, 91, 98.

3) A. a. O. S. 35, 99, 191 f.

4) A. a. O. S. 35.

5) A. a. O. S. 37.

III. Zusammenfassung: Die Gewinnhaftung als Anspruch aus Rechtsverletzung.

Versucht man eine Bestandsaufnahme der zur Begründung einer bereicherungsrechtlichen Gewinnhaftung vertretenen Auffassungen, kann man, wenn man sich auf die Berücksichtigung der grundlegenden dogmatischen Strukturen beschränkt, als Gemeinsamkeit aller seit WILBURG entwickelten Lehren feststellen, daß der Einbruch in eine fremde geschützte Rechtssphäre die Voraussetzung der Eingriffskondition bildet. Heftig umstritten bleibt allerdings, ob eine Differenzierung nach Rechten mit Zuweisungsgehalt oder sog. Schutzpositionen bzw. Ausschlußrechten ohne Zuweisungsgehalt stattfinden soll oder ob jeder durch Delikts- und Unterlassungsanspruch geschützten Rechtsstellung auch der Schutz durch die Eingriffskondition zukommen soll.

Die Begründung der Gewinnhaftung erfolgt auf zwei verschiedenen Wegen. Soweit sie auf dem Boden der Lehre vom Zuweisungsgehalt erfolgt, gründet sie auf der Auffassung, daß der vom Eingreifer erzielte Gewinn der Rechts- und Vermögenssphäre des Berechtigten zugewiesen ist, so daß der Eingreifer etwas "aus dem Vermögen" des Berechtigten erlangt hat und dessen Vermögensinteressen insoweit verletzt sind. Die Kondition setzt wie der Deliktsanspruch einen Verlust des Gläubigers voraus.

Die andere Auffassung geht dagegen nicht davon aus, daß der Gewinn dem Berechtigten zugewiesen ist und damit quasi einen Bestandteil seines Vermögens bildet. Entscheidend ist nicht, was dem Verletzten gebührt, sondern daß dem Verletzten der Gewinn nicht gebührt. Gerechtfertigt wird die Gewinnhaftung als Sanktion, die dem Schutz der Rechtssphäre des Verletzten dient, indem sie im Vermögen des Eingreifers die Folgen der Inanspruchnahme fremden Rechtsguts tilgt und diesen so stellt, als hätte diese Rechtsverletzung nicht stattgefunden. Die Kondition ergänzt die actio negatoria.

Nach beiden Auffassungen bildet die Gewinnhaftung eine Reaktion auf eine Rechtsverletzung und dient der Beseitigung eines rechtswidrigen Zustands, der rechtsgrundlosen Vermögensvermehrung. Dabei ergibt sich die Rechtswidrigkeit der Vermögensvermehrung entweder aus ihrem Widerspruch zum Zuweisungsgehalt eines Rechts oder aus der Rechtswidrigkeit einer Handlung, als deren Folge die Vermögensvermehrung sich darstellt.

B. Die Gewinnhaftung als Konsequenz der abstrakten Orientierung des Bereicherungsanspruchs.

I. Die Wertersatzhaftung als Verstoß gegen bereicherungsrechtliche Grundprinzipien.

Der Versuch, die Eingriffskondiktion im Sinne von SCHULZ als einen Anspruch auszugestalten, der auf die Beseitigung der vermögensmäßigen Auswirkungen einer Rechtsverletzung im Vermögen des Verletzten ausgerichtet ist, oder die Auffassung, der vom Eingreifer erzielte Gewinn sei von Rechts wegen der Vermögenssphäre des Verletzten zugewiesen, bilden nicht die einzigen Grundlagen der bereicherungsrechtlichen Gewinnhaftung. Denn auch die Leistungskondiktion wird grundsätzlich - ohne immer aus einer Rechtsverletzung begründet zu werden¹⁾ - auf die Herausgabe von Gewinnen erstreckt, die unter Verwendung des Geleisteten erzielt worden sind²⁾.

Darüber hinaus erweist sich die Gewinnhaftung auch als eine Auswirkung der aus der Dogmatik des gemeinen Rechts übernommenen Auffassung von der abstrakten Orientierung des Bereicherungsanspruchs am Vermögen des Bereicherten³⁾. Dieser Dogmatik entspricht es, daß die Kondiktion eine Vermögensvermehrung oder zumindest eine Nichtverminderung des Vermögens durch Ersparung

1) Vgl. JAKOBS S. 155 f.

2) Anders nur REEB S. 101 ff.

3) Vgl. WILHELM a. a. O. (FN 2 S. 227) S. 62.

anderweitiger Ausgaben voraussetzt. Die Aufgabe der Kondiktion besteht dann in der - vollständigen - Abschöpfung dieser Vermögensvermehrung. Auch der erzielte Gewinn ist daher herauszugeben, da er sich kausal auf den bereichernden Vorgang, Eingriff oder Leistung, zurückführen läßt.

Die Gewinnhaftungslehre schlägt auf diese Weise den Bogen zu der älteren bereicherungsrechtlichen Dogmatik¹⁾, ohne daß allerdings heute das Tatbestandsmerkmal "auf Kosten" noch haftungsbegrenzende Funktionen ausüben kann²⁾.

Wird demgegenüber von der neueren Lehre vom Zuweisungsgehalt für den Fall des Verbrauchs, Gebrauchs und der Veräußerung fremder Gegenstände ebenso wie bei Dienst-, Werkleistungen und Überlassung von Gebrauchsvorteilen eine Haftung des Kondiktionsschuldners auf Wertersatz in Form einer angemessenen Vergütung vorgeschlagen, so fällt eine derartige Bestimmung des Gegenstandes der Kondiktion aus dem Rahmen eines Bereicherungsrechts, das die Abschöpfung einer Vermögensvermehrung bezweckt³⁾. Vom Boden dieser Dogmatik läßt sie sich nur begründen und verstehen, wenn man in der Veräußerung, dem Gebrauch und Verbrauch als solchen einen Vermögenswert erblickt. Dem steht aber entgegen, daß es sich sowohl bei einer Verwendung fremder Sachen als auch bei einer nicht-gegenständlichen Leistung nicht um selbständige Vermögenswerte handelt, sondern um Vorgänge, die eine Vermögensvermehrung oder Ausgabenersparnis beim Bereicherten verursachen können⁴⁾.

Warum dennoch eine entsprechende Bestimmung des Anspruchsgegenstandes immer wieder versucht worden ist, kann dann nur noch aus dem "Dogma der Vermögensverschiebung" gedeutet werden. Es handle sich um den untauglichen

1) Siehe oben S. 209 ff.

2) Wegen des Verlustes dieser Funktionen siehe oben S. 215 ff.

3) Vgl. JAKOBS S. 52 ff., 155 ff.; HAINES S. 37 ff.; KELLMANN a. a. O. (FN 2 S. 219) S. 79 ff.; KRAUTWIG S. 47 ff.

4) Zutreffend JAKOBS S. 36 ff., 162; KRAUTWIG S. 49 ff.; KELLMANN NJW 1171, 865; ROTH, Festschrift für Küchenhoff S. 380; WILHELM a. a. O. (FN 2 S. 227) S. 186 FN 412 a. E.

Versuch, diese Fälle in die Fallgruppe der Bereicherung durch eine Vermögensverschiebung einzuordnen, indem die Verwendung selbst zu einem Vermögenswert erklärt werde, der aus dem Vermögen des Entreicherten in das Vermögen des Bereicherten übergehen könne. Demgegenüber gelte es gerade, dieses Dogma zu überwinden¹⁾.

II. Abstrakte Orientierung des Bereicherungsanspruchs auf Grund von § 818 Abs. 2 BGB. Die Lehre vom subjektiven Wert (KOPPENSTEINER).

Einen eigenen Weg zu Begründung einer bereicherungsrechtlichen Gewinnhaftung geht KOPPENSTEINER²⁾. Für ihn begründet sich die Gewinnhaftung aus § 818 Abs. 2 BGB. Da § 818 Abs. 2 BGB keine eigene Ausgleichsidee zugrunde liege, sei der Wertersatzanspruch in der Weise auszugestalten, daß er im wirtschaftlichen Ergebnis der bereicherungsrechtlichen Normalabwicklung entspreche³⁾. Das erfordert nach KOPPENSTEINER eine Subjektivierung des Wertbegriffs⁴⁾. Der Wertersatz richte sich auf dasjenige, was das nicht restitutionfähige Erlangte im Vermögen des Empfängers repräsentiere⁵⁾. Darauf gründet sich nach KOPPENSTEINER eine Verpflichtung zur Gewinnherausgabe⁶⁾.

Es fragt sich aber, wie KOPPENSTEINER eine Gewinnhaftung aus der bereicherungsrechtlichen Normalabwicklung ableiten will, wenn § 818 Abs. 1 BGB nach seinem Wortlaut gerade das rechtsgeschäftliche commodum nicht erfaßt und § 818 Abs. 3 BGB nur die Haftungsbegrenzung regelt. KOPPENSTEINERS dogmatische Konzeption setzt daher ohne weiteres voraus, daß der Bereicherungsanspruch umfassend abstrakt am Vermögen des Empfängers orientiert und somit auf die Abschöpfung der durch den Bereicherungsvorgang verursachten Vermögensvermehrung ausgerichtet

1) JAKOBS S. 41 ff.; KELLMANN a. a. O. (FN 2 S. 219) S. 79 ff., insbes. S. 82; KOPPENSTEINER NJW 1971, 1773; WILHELM a. a. O. (FN 2 S. 227) S. 38.

2) NJW 1971, 588 ff., 1769 ff.; ders. in KOPPENSTEINER/KRAMER S. 124 f., 159 ff. Vgl. dazu schon oben S. 113 ff.

3) KOPPENSTEINER/KRAMER S. 125, 160; NJW 1971, 594, 1769.

4) NJW 1971, 1769.

5) KOPPENSTEINER/KRAMER S. 167.

6) KOPPENSTEINER/KRAMER S. 129 ff., 161 ff.; NJW 1971, 1772.

ist¹⁾. Zur Begründung greift denn KOPPENSTEINER auch nicht auf eine entsprechende, sich aus den Gesetzesvorschriften gerade nicht ableitende bereicherungsrechtliche Normalabwicklung zurück, sondern vor allem auf den Wortlaut des § 816 BGB²⁾. Ein weiteres Argument gibt ihm § 281 BGB, der nach ganz h. L. auch das rechtsgeschäftliche commodum erfaßt³⁾. Ferner schließt er wie WILHELM von der Befugnis des Rechtsinhabers zur Gewinnerzielung auf die Zuweisung des von einem Nichtberechtigten erzielten Gewinns an den Berechtigten⁴⁾. Am stärksten ins Gewicht fällt für ihn der Gesichtspunkt der Risikoverteilung. Da der Gläubiger das volle Risiko des Verlustes tragen müsse, sei es gerechtfertigt, ihm umgekehrt den Gewinn aus der Tätigkeit des Schuldners zuzusprechen. *Cuius est oericulum, eius et commodum esse debet*⁵⁾.

1) Wenn KOPPENSTEINER demgegenüber betont, es gehe im Rahmen der Gewinnhaftung keineswegs darum, jede adäquat verursachte Vermögensvermehrung abzuschöpfen, sondern nur darum, "konkret" zu ermitteln, was das primär Erlangte für den Schuldner wert ist (KOPPENSTEINER/KRAMER S. 163), so ist dem entgegenzuhalten, daß er unter diesem Wert gerade jede adäquat verursachte Vermögensvermehrung versteht, wie sich aus den Ausführungen in NJW 1971, 594 ergibt. Das, was KOPPENSTEINER unter individuell-konkreter Wertermittlung versteht (KOPPENSTEINER/KRAMER S. 175 f.), entspricht exakt der abstrakten Orientierung des Bereicherungsanspruchs. Vgl. KOPPENSTEINER NJW 1971, 594 (sub IV 1) mit WILHELM a. a. O. (FN 2 S. 246) S. 62.

2) KOPPENSTEINER/KRAMER S. 129, 163; NJW 1971, 1771 f.

3) KOPPENSTEINER/KRAMER S. 130; NJW 1971, 1771 f.

4) KOPPENSTEINER/KRAMER S. 130.

5) KOPPENSTEINER/KRAMER S. 131; vgl. schon FISCHER, Festschrift für Zitelmann S. 32, 36.

Vierter Abschnitt: Eigene Stellungnahme.

A. Abstrakte oder konkrete Orientierung des Bereicherungsanspruchs?

I. Gewinnhaftung, Wertersatzhaftung und das Dogma der Vermögensverschiebung.

Die Gewinnhaftung ist nur zu begründen, wenn man davon ausgeht, daß der Bereicherungsanspruch abstrakt am Vermögen des Bereicherungsschuldners orientiert ist¹⁾. Demgegenüber ist im Rahmer dieser Untersuchung schon an anderer Stelle²⁾ darauf hingewiesen worden, daß im Bereicherungsrecht neben dem Herausgabeanspruch aus § 812 BGB ein Wertersatzanspruch aus § 818 Abs. 2 BGB existiert, der dem Herausgabeanspruch als ein weiterer primärer Bereicherungsanspruch zur Seite gestellt ist. Es wurde somit von einer konkreten Orientierung der Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung ausgegangen³⁾.

Diese Auffassung von der konkreten Orientierung der Bereicherungsansprüche wird nun allerdings von den Befürwortern einer Gewinnhaftung als Ausfluß des zu überwindenden "Dogmas der Vermögensverschiebung" bekämpft, nach dem nur das aus dem Vermögen des Entreicherten Ausgegangene zurückverlangt werden könne⁴⁾. In der Tat sind immer wieder zu Unrecht Versuche unternommen worden, die Wertersatzhaftung zu rechtfertigen, indem Verbrauch und Gebrauchsvorteil zu eigenständigen Vermögenswerten erklärt wurden, die des Übergangs von einem Vermögen in ein anderes fähig seien⁵⁾. Die Wertersatzhaftung rechtfertigt sich aber auch ohne derartige Versuche und ohne Rückgriff auf das Dogma der Vermögensverschiebung⁶⁾.

1) Vgl. oben S. 249 f.

2) Siehe oben S. 132 ff., 229 ff.

3) Zur Terminologie vgl. oben S. 207 f.

4) Siehe oben S. 249 f.

5) Siehe oben S. 126 ff. und die Nachweise in FN 1 S. 128 sowie in FN 1 S. 236.

6) Siehe oben S. 132 ff., 229 ff.

Der Angriff gegen die Wertersatzhaftung geht daher fehl.

Überdies übersehen die Befürworter einer Gewinnhaftung in ihrem Kampf gegen das Dogma der Vermögensverschiebung auch, daß die Gewinnhaftung selbst ein Ausfluß dieses Dogmas ist. Denn die Gewinnhaftung ist eine Folge der angenommenen abstrakten Orientierung des Bereicherungsanspruchs. Diese wiederum, die besagt, jede kausal auf den bereichernden Vorgang beruhende Vermögensvermehrung im Vermögen des Bereicherungsschuldners sei abzuschöpfen, beruht auf der Vorstellung des bereichernden Vorgangs als einer Vermögensverschiebung. Denn, wie schon an anderer Stelle¹⁾ hervorgehoben worden ist, basiert das Erfordernis einer Vermögensvermehrung als Voraussetzung und Gegenstand des Bereicherungsanspruchs letztlich darauf, daß mit dem Fall einer Vermögensverschiebung per se eine Vermehrung des Schuldnervermögens einhergeht, da der Übergang eines Vermögenswertes aus dem Vermögen des Entreicherten in das des Bereicherten eine Vermögensvermehrung bewirkt²⁾. Da nach § 818 Abs. 3 BGB der Bereicherte aber grundsätzlich nur insoweit haftet, als er um diesen Vermögenswert noch bereichert ist, bildet die vorhandene Vermögensvermehrung endlich das, was der Gläubiger herausverlangen kann. Im Fall einer Vermögensverschiebung besteht daher die Bereicherungshaftung notwendig in einer Abschöpfung einer Vermögensvermehrung.

Der Grundsatz, der Bereicherungsanspruch bezwecke die Abschöpfung der beim Schuldner bewirkten und noch vorhandenen Vermögensvermehrung, hat sich auf diese Weise ausgehend von der Vermögensverschiebung entwickelt, ohne daß dabei allerdings der Gedanke an eine Gewinnhaftung mitzuwirken brauchte³⁾. Der Grundstein für eine Gewinnhaftung ist aber mit der Formulierung dieses Grundsatzes gelegt.

1) Siehe oben S. 126 f., 215 f.

2) Das trifft für Bereicherungsvorgänge, die nicht in einer Vermögensverschiebung bestehen, dagegen nicht ohne weiteres zu, siehe oben S. 132 f.

3) Siehe oben S. 209 ff.

Ihre dogmatische Ausbildung wurde allerdings noch dadurch gehindert, daß die an der rechtsgrundlosen Vermögensverschiebung ausgebildete Kondiktion in ihrem Umfang auf den Wert des aus dem Vermögen des Gläubigers stammenden Vermögenswerts begrenzt blieb¹⁾. Das Dogma von der Vermögensverschiebung trug aber auch noch zur Beseitigung dieser Haftungsbegrenzung bei. Denn dieser Grundsatz der Deckungsgleichheit von Bereicherung und Schaden wurde durchbrochen, als die Kondiktion im Fall der Verwendung fremden Gutes in Anlehnung an die Kondiktion einer Vermögensverschiebung entwickelt wurde²⁾. Da in diesen Fällen ein Schaden des Entreicherten nicht die Voraussetzung der Kondiktion bilden konnte, bemühte man sich um dogmatische Kongruenz durch den Grundsatz, daß sich Bereicherung und Schaden weder dem Gegenstand noch dem Umfang nach zu decken bräuchten. Damit entfiel die Begrenzung des Umfangs der Kondiktion.

Auf das Dogma der Vermögensverschiebung ist es daher zurückzuführen, daß die Kondiktion in der Abschöpfung einer Vermögensvermehrung bestehen und daß diese Abschöpfung keinerlei Begrenzung erfahren soll. So merkwürdig es angesichts des Kampfes der Befürworter einer Gewinnhaftung gegen das Dogma der Vermögensverschiebung auch klingt, die Gewinnhaftung selbst hat ihre Ursprünge in diesem Dogma.

Gegenüber dieser an Hand der Vermögensverschiebung entwickelten Auffassung ist nun aber darauf hinzuweisen, daß mit einer Verwendung fremden Gutes ebenso wie mit einer Dienst-, Werkleistung oder Einräumung eines Gebrauchsvorteils eine Vermögensvermehrung nicht einherzugehen braucht, die Kondiktion daher nicht in allen Fällen in der Abschöpfung einer Vermögensvermehrung bestehen kann³⁾.

1) Siehe oben S. 213 f.

2) Vgl. dazu und zum folgenden oben S. 215 ff.

3) Siehe oben S. 132 f.

Es wird denn auch längst in den genannten Fällen ein Bereicherungsanspruch ohne Vermögensvermehrung anerkannt, wenn der Bereicherungsschuldner bösgläubig und ihm daher bewußt ist, daß er entsprechende Leistungen nur gegen Entgelt erhalten kann, ohne daß allerdings immer entsprechende dogmatische Konsequenzen gezogen worden sind. Vielmehr hat man weithin das Erfordernis einer Vermögensvermehrung beibehalten und gegebenenfalls sich mit Fiktionen begnügt¹⁾. Diese Widersprüchlichkeit hat nicht nur erhebliche dogmatische Probleme bereitet, die zu der mit diesen Sachverhalten verbundenen sachlichen Problematik in keinem Verhältnis steht.

Das beste Beispiel bildet immer noch der sog. "Parkplatz-Fall"²⁾, in dem der Beklagte bewußt gebührenpflichtigen Parkraum für seinen PKW in Anspruch genommen hatte, ohne hierfür das geforderte Entgelt zu zahlen. Da eine

1) Vgl. die Nachweise in FN 2 S. 132. Eine dogmatische Begründung findet sich allerdings bei WILHELM a. a. O. (FN 2 S. 227) S. 180 ff. Nach seiner Auffassung hat die Haftung des bösgläubigen Bereicherungsschuldners mit der eigentlichen Bereicherungshaftung wesensmäßig nichts zu tun, S. 182. Die Wertersatzhaftung ergänze die eigentliche Bereicherungshaftung als eine Haftung "auf etwas ganz Neues", S. 186. Dieser Auffassung kann schon deshalb nicht gefolgt werden, weil auch der Gutgläubige trotz Fehlens einer Bereicherung auf Wertersatz haften kann (siehe oben S. 134 ff.). Aus den von WILHELM herangezogenen Motiven - MUGDAN II S. 470, vgl. a. a. O. S. 186 - folgt daher auch nicht, daß der Gesetzgeber bei der Haftung des Bösgläubigen einen neuen ergänzenden Anspruch statuieren wollte. Für eine einheitliche Verpflichtung sowohl des Gutgläubigen als auch des Bösgläubigen, die nur im Haftungsumfang differiert, spricht auch der von WILHELM in Anspruch genommene Wortlaut des § 10 des Vorentwurfs (Text siehe oben S. 134). Überdies übersieht WILHELM, daß auch dann, wenn man mit ihm in der Bereicherungshaftung des Gutgläubigen eine Haftung auf Beseitigung des gegenwärtigen, rechtswidrigen Habens erblickt, schon die Beweislastverteilung eine Ausgestaltung des Bereicherungsanspruchs als Wertersatzanspruch fordert (siehe im folgenden und oben S. 116 ff.).

2) BGH vom 14. 7. 1956 (V) = BGHZ 21, 319.

Vermögensvermehrung des Beklagten nur insoweit vorlag, als der Beklagte durch die Inanspruchnahme des Parkraums Treibstoff und Zeit erspart hatte, die er zum Aufsuchen eines anderen kostenfreien Abstellplatzes hätte aufwenden müssen, sah sich der BGH gezwungen, auf die Lehre vom faktischen Vertrag zurückgreifen, um zum einzig angemessenen Ergebnis - Zahlung eines Entgelts für die Überlassung des Parkraums - zu kommen.

Eine dogmatisch widerspruchsfreie Lösung dieser Fälle auf der Basis des Bereicherungsrechts, wie sie nach § 818 Abs. 2 BGB bezweckt und gefordert wird, setzt daher voraus, in den Fällen der Dienst-, Werkleistung oder Gebrauchsüberlassung die Kondiktion als Vergütungsanspruch auszubilden¹⁾. Nur die Ausgestaltung des Bereicherungsanspruchs als eines Anspruchs auf Wertersatz trägt auch der bereicherungsrechtlichen Beweislastverteilung Rechnung, wonach nicht der Gläubiger die Bereicherung, sondern der Schuldner die Entreicherung zu beweisen hat²⁾.

Die Wertersatzhaftung entspricht daher nicht nur sachlichen Erfordernissen, sie ist auch in § 818 Abs. 2 BGB gesetzlich verankert.

II. Die abstrakte Orientierung des Bereicherungsanspruchs und die Materialien zum BGB.

Daß die Bereicherung nicht nur haftungsmindernd, sondern auch haftungserweiternd im Sinne einer Gewinnhaftung von Bedeutung, der Bereicherungsanspruch mithin umfassend abstrakt am Vermögen des Empfängers orientiert sei, wird neuerdings von WILHELM mit Hinblick auf die Gesetzesmaterialien begründet³⁾. Aus dem "Prinzip der Rechtswiederherstellung gegenüber der rechtswidrigen Bereicherung durch unser oder infolge unseres

1) Siehe oben S. 126 ff., insbes. S. 132 ff.

2) Siehe oben S. 116 ff.

3) WILHELM a. a. O. (FN 2 S. 246) S. 43 ff.

Vermögensgutes", das nach WILHELM der Kondiktionenlehre VON SAVIGNYS zugrundeliegt¹⁾ und das er für das heutige Bereicherungsrecht wieder fruchtbar zu machen gedenkt²⁾, ginge die abstrakte Orientierung des Bereicherungsanspruchs zwingend hervor. Und abstrakte Orientierung bedeute konsequent, daß die Entwicklung im Empfängervermögen infolge des Empfangs ebenso positiv zur Haftungserweiterung in Betracht komme, wie sie negativ haftungsmindernd zu berücksichtigen sei³⁾.

Um seiner Absicht entsprechend die Bedeutung der Kondiktionenlehre VON SAVIGNYS für das geltende Recht aufzuzeigen, sieht sich WILHELM vor die Notwendigkeit gestellt, die Übernahme der so verstandenen abstrakten Orientierung des Bereicherungsanspruchs in das geltende Recht nachzuweisen. Zu diesem Zweck stellt er der abstrakten Orientierung die konkrete Orientierung gegenüber. Diese folgt nach WILHELM aus dem Denken in der Kategorie der Vermögensverschiebung⁴⁾ und ermögliche eine Erweiterung des Haftungsumfangs nur mittels des Frucht- und Surrogationsgedankens⁵⁾. Sodann untersucht er, welcher Auffassung der Gesetzgeber gefolgt sei⁶⁾.

Allein schon dieses Verfahren muß auf Bedenken stoßen. Denn ihm ist vorausgesetzt, daß dem Gesetzgeber die von WILHELM vorgenommene Gegenüberstellung in ihrer aus heutigen Begriffen resultierenden Schärfe bewußt gewesen ist, und daß ihm an einer an diesen Systembegriffen ausgerichteten Normierung gelegen war. Eine gesetzliche Regelung wird aber eher eine gerechte Regelung der den einzelnen gesetzlichen Bestimmungen zugrunde liegenden Fallkonstellationen bewirken wollen als eine Ausbildung einer systemgebundenen Normierung, und sie wird zu diesem Zweck

1) A. a. O. S. 35.

2) A. a. O. S. 37.

3) A. a. O. S. 39.

4) Zu dieser Auffassung siehe oben S. 249 f. und S. 253 ff.

5) A. a. O. S. 27, 38 ff.

6) Vgl. a. a. O. S. 43, wo WILHELM den Gesetzgeber vor die grundsätzliche Entscheidung zwischen beiden Auffassungen gestellt sieht.

auf sämtliche greifbaren Lösungsvorschläge zurückgreifen, sie fortwährend im Blick behalten und sie bei der Lösung jeder einzelnen Frage neu bedenken. Man vergleiche die zahlreichen Nachweise in den Erläuterungen zum Vorentwurf, aus denen zudem noch der wichtige Einfluß bereits existierender Gesetze oder Gesetzesentwürfe der einzelnen Reichsländer deutlich wird¹⁾. WILHELM selbst muß denn auch feststellen, daß eine bruchlose abstrakte Orientierung der gesetzlichen Regelung nicht nachgewiesen werden kann. Er vermeint aber, die Abweichungen einer angesichts des damaligen Standes der Bereicherungslehre verständlichen Zurückhaltung des Gesetzgebers zuschreiben zu dürfen. Der Gesetzgeber habe es vermieden, sich bei der Überwindung des traditionellen Denkens in der Vermögensverschiebung zu weit vorzuwagen und festzulegen.

Demgegenüber sollen an dieser Stelle die Gesetzesmaterialien ohne Voraussetzung bestimmter dogmatischer Kategorien daraufhin untersucht werden, welche Aussagen für und wieder eine Gewinnhaftung ihnen entnommen werden können²⁾.

1. § 10 des Vorentwurfes, §§ 818 Abs. 2, 951 BGB.

Bedeutsam erscheint, daß sowohl der Vorentwurf in § 10³⁾ als auch die endgültige Gesetzesfassung in § 818 Abs. 2 BGB für die Gebrauchsüberlassung eine Wertersatzhaftung normieren und nicht eine Herausgabe des Verwendungserfolges und damit des Gewinns verlangen. Dementsprechend ist in § 951 BGB für die Fälle der Verbindung,

-
- 1) Man kann insoweit von einem "rechtsvergleichenden" Vorgehen sprechen, das ein Hinausgreifen über dogmatische Begriffe erfordert, vgl. ZWEIFERT/KÖTZ I § 3 II S. 29 ff.
 - 2) Für WILHELM ist dagegen auch jede Äußerung, die den Wegfall der Bereicherung im Sinn einer abstrakten am Vermögen des Empfängers orientierten Auffassung erörtert, zugleich ein Beleg für die Verankerung der Gewinnhaftung im Gesetz. Denn über den Begriff der abstrakten Orientierung ist für ihn beides miteinander verkettet, a. a. O. S. 39.
 - 3) Vorentwurf Recht der Schuldverhältnisse I. Abschnitt 2 Titel 8.

Vermischung und Verarbeitung eine Vergütungspflicht für den Rechtsverlust festgelegt. Die "Bereicherung" hat in beiden Fällen ersichtlich nur eine haftungsmildernde Funktion.

2. § 6 Abs. 3 des Vorentwurfes, § 740 des 1. Entwurfes,
§ 818 Abs. 1 BGB.

Allerdings finden sich in den Erläuterungen auch Ausführungen, die auf eine bereicherungsrechtliche Gewinnhaftung hindeuten könnten. So wird zum Vorentwurf ausgeführt, daß die auf Rückübertragung ausgerichtete *condictio indebiti* "einerseits erweitert, andererseits modifiziert (sei) in den wichtigsten Fällen durch den Grundsatz, daß der Verpflichtete auch, beziehungsweise nur bis zum Umfang der ihm durch den Erwerb zugegangenen Bereicherung haftet"¹⁾. Dem entspricht der Satz WINDSCHEIDS, die Bereicherung sei nicht bloß die ursprüngliche Vermögensvermehrung, sondern auch "das auf Grund derselben später Erworbene"²⁾. Die von WINDSCHEID angeführten Quellen- und Rechtsprechungsätze³⁾ behandeln aber nur die Herausgabe von Sachfrüchten (*partus, fructus*) und die Alluvion. Auch mit der Beschränkung auf diese Fälle behält seine Äußerung denn auch ihren Sinn. Ihre Bedeutung für die Frage der Gewinnhaftung zuzumessen, würde voraussetzen, daß diese Frage für WINDSCHEID eine Rolle gespielt hat. Wie noch zu zeigen sein wird⁴⁾, kann davon nicht ausgegangen werden.

Ausdrücklich wird die Frage der Gewinnhaftung nur für den Veräußerungsgewinn im Zusammenhang mit der Nutzungsherausgabe erörtert, und sie wird sowohl in den Erläuterungen zum Vorentwurf⁵⁾ als auch in den

1) Begründung a. a. O. (FN 3 S. 259) S. 14.

2) WINDSCHEID/KIPP § 424.1, S. 887.

3) Vgl. a. a. O. FN 2.

4) Siehe unten S. 265 ff. zu § 816 BGB.

5) A. a. O. (FN 3 S. 259) S. 40.

Protokollen¹⁾ eindeutig abgelehnt. Herauszugeben hat danach der Schuldner das *lucrum ex re*, nicht dagegen das *lucrum ex negotiatione cum re*²⁾.

In Bezug auf den Vorentwurf sieht WILHELM darin allerdings keinen prinzipiellen Ausschluß des Verkaufsgewinns aus der Haftung. Da der Vorentwurf die Verpflichtung zur Rückübertragung der Leistung erweitere³⁾, habe er die abstrakte Vermögenorientierung der Kondiktion übernommen⁴⁾. Die Entscheidung gegen die Herausgabe des *lucrum ex negotiatione* sei daher nur eine besonders gerechtfertigte Entscheidung über die Vorteilszurechnung, eine Inkonzsequenz, da der Entwurf selbst von einer Tatfrage spreche⁵⁾: "Prinzip ist eben: der Bereicherte hat zu restituieren, *quod rei accessit* und ob eine *accessio rei* vorliegt, eine Bereicherung *d u r c h* und *a u s* dem geleisteten Gegenstande, das ist *Thatfrage*"⁶⁾.

Nun kann aus einer Erweiterung des Haftungsumfangs allein noch nicht auf eine abstrakte Orientierung geschlossen werden. Denn eine Verpflichtung zur Herausgabe des *lucrum ex re* kann auch bei konkreter Orientierung mittels des Frucht- und Surrogationsgedankens erreicht werden⁷⁾. Etwas anderes würde dagegen gelten, wenn das rechtsgeschäftliche *commodum* mit in die Haftung einbezogen wäre⁸⁾. Gerade aber das wird im Vorentwurf abgelehnt und zwar nicht, wie WILHELM den Erläuterungen glaubt entnehmen zu können, als Ausnahme zur grundsätzlich allumfassenden Haftung. Der Verfasser unterscheidet vielmehr begrifflich eindeutig das "*z u r S a c h e* hinzugekommene"⁹⁾ (*accessio rei*) von dem, was infolge

1) Protokolle MUGDAN II S. 1185.

2) Ebenso der Dresdner Entwurf Art. 982; das pr. ALR I 13 § 264; VON JHERING, Abhandlungen S. 77.

3) Vgl. die oben auf Seite 260 zitierte Formulierung.

4) WILHELM a. a. O. (FN 2 S. 246) S. 46 f.

5) A. a. O. S. 48.

6) Begründung a. a. O. (FN 3 S. 259) S. 40. Hervorhebung im Text.

7) WILHELM a. a. O. S. 27, 38; vgl. auch ERKLEBEN I S. 191 ff.

8) ERKLEBEN I S. 195.

9) Begründung a. a. O. (FN 3 S. 259) S. 40. Hervorhebung im Text.

eines mit der empfangenen Sache vorgenommenen Rechtsgeschäfts erworben worden ist (*lucrum ex negotiatione*)¹⁾. Diese begriffliche Unterscheidung ist nicht einmalig. Sie findet sich zum Beispiel auch bei OERTMANN²⁾. Nach Auffassung des Verfassers des Vorentwurfes gehört daher das "*lucrum ex negotiatione*" schon begrifflich nicht zur "*accessio rei*". Es ist daher nicht die Entscheidung einer Tatfrage, wenn es aus der Rückleistungsverpflichtung herausgenommen wird. Tatfrage ist nur, was im einzelnen eine *accessio rei* darstellen kann, und in dieser Frage enthält sich der Vorentwurf denn auch folgerichtig einer Antwort. Die von WILHELM festgestellte Inkonssequenz, etwas zur Tatfrage zu erklären und es dennoch zu entscheiden, findet sich daher nicht im Entwurf.

Eher noch scheint der 1. Entwurf die Thesen WILHELMS zu stützen. In § 740 wurde die Herausgabeverpflichtung auf dasjenige erstreckt, was der Empfänger aus dem Geleisteten erworben hat. Die ausdrückliche Gleichstellung erschien den Verfassern aber insofern nicht unbedenklich, "als Zweifel entstehen können, inwiefern der nur indirekte oder rechtsgeschäftliche Erwerb zu dem Erwerb aus dem Empfangenen gehört"³⁾. Die Verfasser sahen sich aber nicht in der Lage, eine detaillierte Abgrenzung für alle Fallgestaltungen zu treffen und überließen die Abgrenzung der Praxis und Wissenschaft⁴⁾. Nach WILHELM hat die 1. Kommission damit das, was im Rahmen der abstrakten Orientierung als Zurechnungsproblem Tatfrage ist, als Tatfrage belassen und somit die "Inkonssequenz" des Vorentwurfs ausgeräumt⁵⁾.

Demgegenüber soll darauf hingewiesen werden, daß die 1. Kommission mit ihrer Begründung: "Was vom Empfangenen gilt, muß auch von demjenigen gelten, was aus

1) A. a. O.

2) OERTMANN § 818 Anm. 2 b in Verb. mit § 604 Anm. 3;
§ 818 Anm. 2 c

3) Motive MUGDAN II S. 468.

4) A. a. O.

5) WILHELM a. a. O. (FN 2 S. 227) S. 52.

diesem entstanden oder hervorgegangen ist¹⁾, ersichtlich an den Fruchtgedanken anknüpfte. Davon ausgehend kamen ihr Bedenken hinsichtlich der von WINDSCHEID herrührenden²⁾ Formulierung "aus dem Geleisteten erworben", die die Formulierung des Vorwurfs ersetzen sollte³⁾ und auch das *lucrum ex negotiatione* umfassen konnte⁴⁾. Die 2. Kommission hat sich denn auch nicht etwa in einem Gegensatz zur 1. Kommission gesehen, wie es nach der Interpretation WILHELMS hätte der Fall sein müssen, als sie durch eine neue Fassung das *lucrum ex negotiatione* aus der Haftung ausschloß: "Der Abs. 1 des § f (= § 818 Abs. 1 BGB) bezweckte keine sachliche Änderung des § 740 I des Entw., sondern suchte nur, . . . , zu deutlicherem Ausdrucke zu bringen, daß sich die Verbindlichkeit zur Herausgabe oder Werthvergütung nicht auf dasjenige erstrecke, was der Bereicherte durch willkürliche Verfügung über den erlangten Gegenstand erworben habe, daß vielmehr bezüglich dieses Erwerbs lediglich die Verpflichtung zur Werthvergütung gemäß § 739 in Frage komme. Gegen diese Verdeutlichung des Entwurfs wurde nichts erinnert."⁵⁾

3. Die Verpflichtung zur Herausgabe von Nutzungen.

Ein weiteres Indiz für die abstrakte Orientierung des Bereicherungsanspruchs erblickt WILHELM darin, daß die 1. Kommission zu den herauszugebenden Nutzungen sowohl

1) Motive a. a. O. (FN 3 S. 262). Hervorhebung vom Verfasser.

2) Vgl. SCHUBERT SavZRG Rom. Abt. Bd. 92 (1975) S. 186 ff.

3) Vgl. SCHUBERT a. a. O.

4) Daher entzündete sich an dieser Formulierung auch Kritik, vgl. MEISCHEIDER S. 72 ff.; Gutachtliche Äußerungen II S. 427.

5) Protokolle MUGDAN II S. 1185. Die Verpflichtung gemäß § 739 bedeutet die Verpflichtung zum Ersatz des Wertes des Geleisteten.

die natürlichen als auch die mittelbaren Früchte zählt¹⁾. Denn würde die gesetzliche Regelung an dem Merkmal der Vermögensverschiebung haften - mit der Folge einer konkreten Orientierung des Bereicherungsanspruchs²⁾ -, wäre nach Auffassung WILHELMS zwar die Herausgabe der natürlichen Früchte, weil aus der Sache hervorgewachsen, selbstverständlich, die Herausgabe mittelbarer Früchte ungreiflich³⁾.

Dabei berücksichtigt WILHELM aber nicht genügend, daß auch für die Einbeziehung der mittelbaren Früchte in den Haftungsumfang im Ergebnis an den Fruchtgedanken angeknüpft wird. Denn die Pflicht zur Herausgabe wird damit begründet, "daß, wenn die Sache verpachtet bzw. vermietet wird, der Pacht- oder der Miethzins sich als Ersatz für die natürlichen Früchte und den Gebrauch der Sache darstellt."⁴⁾

Eine enge Bindung an die Kategorie der Vermögensverschiebung läßt sich für die 1. Kommission auch daran feststellen, daß in den Motiven zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis diejenigen Nutzungen des unredlichen Besitzers, die der Eigentümer nicht hätte ziehen können, nicht als eine ungerechtfertigte Bereicherung auf Kosten des Eigentümers erfaßt werden⁵⁾. Hierin liegt nicht "die Ablösung des Vermögensverschiebungsdenkens durch die Zurechnungsprüfung" im Rahmen einer abstrakt orientierten Haftung⁶⁾. Denn das Erfordernis einer Kongruenz von Schaden und Bereicherung, d. h. die Begrenzung des Anspruchs auf die Bereicherung durch den Schaden des Entreicherten, ist

1) WILHELM a. a. O. (FN 2 S. 227) S. 55. WILHELM verwendet den Begriff "Rechtsfrüchte" für die mittelbaren Sach- und Rechtsfrüchte.

2) Dem "Denken in der Kategorie der Vermögensverschiebung" (WILHELM a. a. O. S. 54) entspricht nach WILHELM die konkrete Orientierung (a. a. O. S. 40). Vgl. demgegenüber oben S. 253 ff.

3) WILHELM a. a. O. S. 54.

4) Motive MUGDAN III S. 38 f.

5) Motive MUGDAN III S. 225.

6) So WILHELM a. a. O. (FN 2 S. 246) S. 55.

eine Folge des Denkens in der Kategorie der Vermögensverschiebung¹⁾.

Um die Haftung des unredlichen Besitzers bezüglich der Nutzungen, die der Eigentümer nicht hätte ziehen können, zu rechtfertigen, greift die 1. Kommission daher nicht auf den Gedanken der ungerechtfertigten Bereicherung zurück, sondern auf den Gedanken der Geschäftsführung für einen anderen, somit auf den Rechtsgedanken des § 687 Abs. 2 BGB oder - übertragen in das anglo-amerikanische Recht - auf die Grundsätze des constructive trust: "Die Kenntniß von der Fremdheit der Sache rechtfertigt die Verbindlichkeit des Wissenden, mit der Sache so zu verfahren, daß sein Verfahren dem Eigenthümer nicht zum Schaden gereicht. Die Verpflichtung des Besitzers muß also auf die Erhaltung und Nutzbarmachung der Sache gehen, ... Weil der Besitzer für die Nutzbarmachung zu sorgen hat, wird ihm die Herausgabe der wirklich gezogenen Nutzungen schlechthin auferlegt, ..."²⁾.

4. § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Es bleibt der Wortlaut des § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Verpflichtung "zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten" erfaßt nach dem Wortlaut auch einen Veräußerungsgewinn, so daß ein Gegensatz zur Regelung des § 818 Abs. 1 BGB besteht. Für die Befürworter einer bereicherungsrechtlichen Gewinnhaftung wird denn auch § 816 BGB zu der zentralen Vorschrift³⁾, während die Gegenmeinung eine Angleichung an § 818 Abs. 1 BGB erstrebt⁴⁾.

1) Siehe oben S. 215 ff.

2) Motive MUGDAN III S. 224; ebenso Jhering, Abhandlungen S. 74 f., insbes. S. 75 a E.

3) JAKOBS S. 18 f.; ESSER II § 104 II 1b, S. 368 ff.; KOPPENSTEINER NJW 1971, 1772; ders. in KOPPENSTEINER/KRAMER S. 163.

4) VON CAEMMERER, Festschrift für Lewald S. 448 = Ges. Schr. I S. 283; ders. Festschrift für Rabel S. 357 = Ges. Schr. I S. 233; ders. JR 1959, 461; BEUTHIEN Studk BGB § 816 Anm. I 2 d a. E.; LARENZ, Festschrift für von Caemmerer S. 211 f.

Für WILHELM erklärt sich die unterschiedliche Regelung aus einer differenzierten Vorteilszurechnung im Rahmen abstrakter Vermögensorientierung¹⁾. Während der Vorentwurf noch einheitlich gegen eine Gewinnhaftung entschieden habe und der 1. Entwurf die Entscheidung der "Tatfrage" Wissenschaft und Praxis überlassen habe, werde im 2. Entwurf bewußt zwischen § 816 und § 818 Abs. 1 BGB differenziert. Da diese Bevorzugung des Leistungsempfängers durch § 818 Abs. 1 BGB nicht zu rechtfertigen sei²⁾, mißt auch WILHELM § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB die maßgebliche Bedeutung zu.

WILHELM stützt seine Auffassung, bei der unterschiedlichen Regelung der §§ 818 Abs. 1, 816 Abs. 1 Satz 1 BGB handle es sich um eine bewußte Differenzierung, auf eine Begründung der 2. Kommission zu § 818 Abs. 3 BGB. Die Kommission rechtfertigt dort die im Verhältnis zum Bereicherungsrecht strengere Haftung des gutgläubigen Besitzers mit dem Argument, dieser habe im Gegensatz zum Leistungsempfänger kein Recht auf die fremde Sache³⁾. Auf diese Erwägung ist nach WILHELM auch die im Verhältnis zu § 818 Abs. 1 BGB strengere Regelung des § 816 BGB zu Lasten des verfügenden Nichtberechtigten gestützt⁴⁾.

Es ist aber fraglich, inwieweit eine entsprechende Äußerung, die eine Antwort auf einen ein anderes Problem betreffenden Gegenantrag darstellte, eine derartige Analogie gestattet. Eine bewußt differenzierende Lösung der Fälle des § 818 Abs. 1 und des § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB setzt nämlich voraus, daß die 2. Kommission beide Fälle im Zusammenhang gesehen hat und sich der unterschiedlichen Regelung bewußt war. Das ist nicht ohne weiteres selbstverständlich. Dagegen spricht entscheidend, daß eine dem § 816 BGB entsprechende Vorschrift sich in

1) WILHELM a. a. O. (FN 2 S. 246) S. 57 ff.

2) A. a. O. S. 73.

3) Protokolle MUGDAN II S. 1184.

4) WILHELM a. a. O. (FN 2 S. 246) S. 57 ff.; so auch der BGH in BGH vom 8. 1. 1959 (VII) = BGHZ 29, 158.

allen drei Entwürfen befand¹⁾, ohne daß diese Vorschriften jemals in Beziehung zu den § 818 Abs. 1 BGB entsprechenden Vorschriften gebracht worden sind oder überhaupt die Alternative Wertersatz oder Gewinnhaftung für sie erörtert worden ist²⁾.

Dieser Umstand deutet darauf hin, daß das Problem von Wertersatz oder Gewinnhaftung für den Fall des § 816 BGB der Wissenschaft und dem Gesetzgeber entgangen ist. Denn für die *condictio indebiti* wird es jeweils erörtert³⁾. Das mag schon allein daran liegen, daß die Vorschrift des § 816 BGB ursprünglich in das Sachenrecht aufgenommen worden war. Die wirklichen Gründe dürften aber noch tiefer liegen.

Dem gemeinen Recht war die Alternative Wertersatz oder Gewinnhaftung in der allgemeinen Form, wie sie heute für das Bereicherungsrecht diskutiert wird, nicht bekannt⁴⁾. Es wurde vielmehr lediglich die Frage gestellt, ob der Veräußerungserlös, das *lucrum ex negotiatione cum re*, der Herausgabepflicht unterliegt. Die Beantwortung dieser Frage hat für die *condictio indebiti* und den Fall des § 816 BGB aber im gemeinen Recht unterschiedliche Konsequenzen.

-
- 1) Vorentwurf Sachenrecht §§ 195, 196, 197, wonach allerdings der gutgläubige Besitzer auf Grund eines Putativtitels nicht haftete; vgl. auch die Begründung zu § 28 a. a. O. (FN 3 S. 239) S. 89; §§ 839, 880 des 1. Entwurfs. Die von WILHELM gesehenen Unterschiede zwischen den Entwürfen bei der Regelung der Haftung des Nichtberechtigten existieren daher nicht.
 - 2) Vgl. auch KLUCKHOHN ArchBürgR Bd. 41 (1915) S. 170 ff., der feststellte, daß dieses Problem "bisher noch nicht eigentlich behandelt, nur mitunter flüchtig gestreift worden (sei)" (S. 175).
 - 3) Vgl. Vorentwurf Begründung a. a. O. (FN 3 S. 239) S. 40; Motive MUGDAN II S. 468; Protokolle MUGDAN II S. 1185; VON JHERING, Abhandlungen S. 76; VON SAVIGNY IV § 151, S. 70.
 - 4) Sie geht vielmehr erst auf VON CAEMMERER zurück, Festschrift für Rabel S. 356 ff. = Ges. Schr. I S. 232 ff. Siehe auch oben S. 228 ff.

Denn im Fall der *condictio indebiti* hat der Schuldner das Eigentum an einem vom Gläubiger geleisteten Gegenstand erworben. Er unterliegt daher nicht mehr der *rei vindicatio*, kann aber mit der *condictio* zur Herausgabe des Gegenstandes oder seines Wertes gezwungen werden. Der geleistete Gegenstand, respektive sein Wert bilden daher das primäre Objekt der Herausgabepflicht. Die Folge davon ist, daß der Bereicherungsschuldner nach einer Veräußerung des Gegenstandes auch dann zum Wertersatz verpflichtet bleibt, wenn eine Haftung auf das *lucrum ex negotiatione* verneint wird. Die Ablehnung der Haftungserstreckung hat daher bei der *condictio indebiti* die Wertersatzhaftung zur Folge¹⁾.

Anders sieht es im Fall der Verfügung eines Nichtberechtigten aus. Bis zur Verfügung war der Nichtberechtigte der *rei vindicatio* des Eigentümers ausgesetzt. Erst die Veräußerung bildete den Entstehungsgrund für die *condictio*²⁾, so daß der Veräußerungserlös den primären Gegenstand der Kondiktion bildete. Verneinte man nun in diesem Fall eine Haftung auf das *lucrum ex negotiatione*, entfiel eine Haftung überhaupt, ein Rückgriff auf eine Wertersatzverpflichtung war nicht möglich.

Während für die *condictio indebiti* daher die Alternative Wertersatz oder Gewinnhaftung zu entscheiden war, ging es bei der Veräußerung durch einen nichtberechtigten Besitzer darum, ob überhaupt eine Verpflichtung bestand oder ob der Nichtberechtigte durch die Veräußerung frei wurde. Die gemeinrechtliche Dogmatik wurde ausschließlich von dieser Frage beherrscht³⁾. Zu einer Wahl zwischen Wertersatz oder Gewinnhaftung ist man in diesem

1) Vgl. VON SAVIGNY, VON JHERING, jeweils a. a. O. (FN 3 S. 267).

2) VON SAVIGNY V Beylage XIV, VI S. 518 ff. (523); WINDSCHEID/KIPP § 421.2., S. 870; § 422.2 b, S. 872.

3) Vgl. VON JHERING JhJb 16 (1878) S. 230 ff.; WINDSCHEID/KIPP § 422 FN 8 S. 875 mit weiteren Nachweisen; vgl. auch VON SAVIGNY a. a. O. (FN 2 oben).

Fall nie vorgedrungen¹⁾. Ansätze dazu finden sich nur bei VON IHERING, der aber keinen Anlaß sah, dieser Frage weiter nachzugehen, weil sich für eine entsprechende Unterscheidung in den Quellen keine Anhaltspunkte fanden²⁾.

Erst nachdem mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch die Bindungen zum gemeinen Recht aufgehoben und die Auseinandersetzung um das ob der Haftung durch § 816 BGB entschieden worden war, wurde die Parallele zwischen § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB und § 818 Abs. 1 BGB erkannt, und die Frage nach Wertersatz oder Gewinnhaftung auch für § 816 BGB gestellt. Gefördert wurde diese Entwicklung dadurch, daß die 2. Kommission die Regelung des § 816 BGB in das Bereicherungsrecht einfügte. Nachweisen läßt sie sich an den Arbeiten VON MAYRS. In der 1900 erschienenen Monographie zur römischen *condictio* setzt er sich mit der Frage auseinander, ob aus den Quellen überhaupt eine Haftung des gutgläubigen Besitzers im Fall der Veräußerung folge³⁾. In der nur drei Jahre später erschienenen Abhandlung zum Bereicherungsrecht des BGB erkennt er dagegen den Zusammenhang von § 818 Abs. 1 BGB und § 816 BGB und erörtert das Problem der Gewinnhaftung für beide Fallgestaltungen⁴⁾.

Man kann daher § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht eine Entscheidung des Gesetzgebers zugunsten einer bereicherungsrechtlichen Gewinnhaftung entnehmen. Das wird auch daran deutlich, daß die 2. Kommission die Vorschrift des § 816 BGB nicht weiter bedachte, als sie trotz der von der 1. Kommission geäußerten dogmatischen Bedenken § 687 Abs. 2 BGB und damit die Gewinnhaftung in die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag einfügte⁵⁾.

1) Was schon das Reichsgericht feststellte: RG vom 18. 11. 1889 (IV) = RGZ 25, 130 (134 f.).

2) VON IHERING a. a. O. (FN 3 S. 268) S. 284.

3) *Condictio* S. 412 ff.

4) Bereicherungsanspruch S. 612 ff., insbes. S. 615; ebenso STIEVE S. 81 ff. Zu beiden siehe oben S. 209 ff.

5) Vgl. Motive MUGDAN II S. 489 f. und Protokolle MUGDAN II S. 1202 f.

§ 816 Abs. 1 Satz 1 BGB hat die Funktion, eine Haftung des verfügenden Nichtberechtigten zu begründen, die noch für das gemeine Recht heftig umstritten war. Wenn die Vorschrift zu diesem Zweck die Herausgabe des aus der Verfügung Erlangten anordnet, wird damit nur dem Prinzip des § 818 Abs. 3 BGB entsprochen¹⁾. Denn man muß berücksichtigen, daß diese Vorschrift sich ursprünglich im Vorentwurf und im 1. Entwurf im Sachenrecht befand, so daß ein Rückgriff auf § 818 Abs. 3 BGB ohne Verweisung nicht möglich war.

5. Ergebnis.

Die Untersuchung der Materialien hat keine Nachweise dafür erbracht, daß im BGB eine abstrakte Orientierung des Bereicherungsanspruchs in der Art normiert worden ist, daß eine Gewinnhaftung im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Haftung liegt. Vielmehr kann lediglich festgehalten werden, daß die Verfasser des BGB sich nur in einem Fall ausdrücklich mit der Gewinnhaftung auseinandergesetzt haben. Sie haben sich dabei für eine Beschränkung der Bereicherung auf Wertersatz und für eine Ablehnung einer Gewinnhaftung ausgesprochen durch: § 818 Abs. 1 BGB.

B. Die Argumente für und wider die Gewinnhaftung. Darstellung und Kritik.

Dennoch wäre eine Gewinnhaftung, gestützt auf die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, zu befürworten, wenn die Gründe, die die Verfasser des Gesetzes zu einer Ablehnung bewogen

1) VON CAEMMERER, Festschrift für Lewald S. 448 = Ges. Schr. I S. 283. Vgl. auch Art. 1380 des code civil: "Si celui qui a reçu de bonne foi a vendu la chose, il ne doit restituer que le prix de la vente."

haben, heute nicht mehr akzeptiert werden könnten, die Abwägung der Interessen der Beteiligten vielmehr eine Gewinnhaftung geböte.

I. Die Verpflichtung aus § 281 BGB und der Wortlaut des § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB als Rechtfertigung?

Aus dem Wortlaut des § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB läßt sich nichts für eine allgemeine bereicherungsrechtliche Gewinnhaftung herleiten, da bei der Formulierung dieser Vorschrift die Frage der Gewinnhaftung nicht bedacht worden ist¹⁾. Der Rückgriff auf § 281 BGB²⁾ kommt dagegen einer petitio principii gleich. Zwar wird nach h. M. das rechtsgeschäftliche commodum von der in § 281 BGB normierten Herausgabepflicht umfaßt³⁾. Damit stellt sich aber wie für § 816 BGB auch für diese Vorschrift erst das Problem, ob diese Herausgabepflicht den gesamten Gewinn erfaßt oder nur den Gewinn, soweit er dem Wert der veräußerten Sache entspricht⁴⁾. Weder kann mit § 816 eine Gewinnhaftung für § 281 BGB noch mit § 281 BGB eine Gewinnhaftung für § 816 BGB begründet werden.

II. Die Gewinnhaftung als Folge bereicherungsrechtlicher Risikoverteilung?

Besonderes Gewicht wird in der Literatur auf die Berücksichtigung der Risikoverteilung gelegt⁵⁾. Da der Bereicherungsgläubiger nach § 818 Abs. 3 BGB das volle Risiko tragen müsse, daß der geleistete Gegenstand beim

1) Siehe oben S. 265 ff.

2) So KOPPENSTEINER/KRAMER S. 130; KOPPENSTEINER NJW 1971, 1771 f., anders die h.M. s. o. S. 194.

3) Vgl. die Nachweise in FN 1 S. 195.

4) Dafür HECK § 34.6, S. 105; VON LÜBTOW S. 78; VON CAEMMERER Festschrift für Rabel S. 389 FN 211 = Ges. Schr. I S. 265 FN 211.

5) FISCHER, Festschrift für ZITELMANN S. 32, 36; JAKOBS S. 58; ROTHOEFT AcP 166 (1966) S. 246; ESSER II § 104 II 1 b S. 369; WILHELM a. a. O. (FN 2 S. 227) S. 75; KOPPENSTEINER/KRAMER S. 131, 162; REEB S. 100.

Schuldner untergehe oder daß der Eingreifer keinen vermögenswerten Vorteil erziele, solle ihm die Möglichkeit eingeräumt werden, einen etwaigen Gewinn des Schuldners zu liquidieren. Die Gewinnhaftung hat demnach die Funktion, den Nachteil, den § 818 Abs. 3 BGB dem Gläubiger zugunsten des Schuldners aufbürdet, durch einen anderweitigen Vorteil auszugleichen. Wer das Risiko trägt, dem soll der Gewinn gebühren.

Hinter dieser Auffassung steht der im Prinzip zutreffende Grundsatz, daß sich Risiko und Chance entsprechen müssen. § 818 Abs. 3 BGB ist aber nicht Ausdruck einer bestimmten Risikoverteilung, sondern stellt eine Begünstigung des gutgläubigen Empfängers dar¹⁾. Geht man davon aus, leuchtet es nicht ein, daß eine derartige Begünstigung des Gutgläubigen sich in anderen Fällen als eine Belastung auswirken soll, die derjenige, dem § 818 Abs. 3 BGB nicht zugute kommt, nicht tragen soll²⁾.

Auch der aus dem römischen Recht überkommene Grundsatz des "cuius est periculum, eius et commodum esse debet" begründet nicht eine Gewinnhaftung³⁾. Denn diese Regel, auf der § 281 BGB und § 816 BGB beruhen, besagt nicht, daß derjenige, der grundsätzlich die Risiken trägt, auch grundsätzlich den Gewinn erhalten müsse. Vielmehr besagt sie lediglich, daß derjenige, welcher die Gefahr eines bestimmten Ereignisses trägt, der von diesem Ereignis verursachte Gewinn gebührt⁴⁾. "Der Grund dieser Regel liegt offenbar darin; das commodum soll ein Ersatz für den Nachtheil sein. Derjenige, der den Nachtheil des Ereignisses zu tragen hat, soll eben deshalb auch den Vortheil

-
- 1) Motive MUGDAN II S. 467, 468; PALANDT/THOMAS § 818 Anm. 6 A; LARENZ, Festschrift für von Caemmerer S. 221.
 - 2) Denn derjenige, der sich nicht auf § 818 Abs. 3 BGB berufen kann, soll auch nicht auf Gewinn haften, WILHELM S. 73 ff.; REEB S. 104.
 - 3) Anders KOPPENSTEINER/KRAMER S. 131; JAKOBS S. 58; WILHELM a. a. O. (FN 2 S. 246) S. 75.
 - 4) WINDSCHEID/KIPP § 327, S. 357.

desselben haben¹⁾). Eine allgemeine Gewinnhaftung läßt sich daher auf diesen Grundsatz nicht stützen, da diese einem Gläubiger zugute kommen würde, der gerade nicht den Nachteil (Entreicherung des Schuldners) erleidet. Dient außerdem das commodum als Ersatz für den verlorenen Wert, rechtfertigt es sich, den Umfang des Ersatzanspruchs auf diesen Wert zu beschränken²⁾).

III. Zuweisung des Gewinns an den Berechtigten?

Immer wieder wird zur Begründung einer bereicherungsrechtlichen Gewinnhaftung betont, daß ein von einem Nichtberechtigten gezogener Gewinn herauszugeben sei, weil die gewinnbringende Verwertung nur dem Rechtsinhaber vorbehalten sei³⁾.

Dieses Argument kann zweierlei bedeuten.

Aus der Zuweisung der Verwendungsbefugnis an den Rechtsinhaber kann die Zuweisung des Verwendungserfolges in das Vermögen des Rechtsinhabers gefolgert werden. Der Nichtberechtigte hätte dann das Vermögen des Rechtsinhabers geschädigt, da der Gewinn diesem Vermögen zugewiesen wäre⁴⁾.

Oder es kann mit diesem Argument begründet werden, daß der Nichtberechtigte im Widerspruch zum Nutzziehungsrecht des Rechtsinhabers handelt. Nicht die Zuweisung des Verwendungserfolges in das Vermögen des Rechtsinhabers, sondern die Widerrechtlichkeit der Handlung des Nichtberechtigten begründet dann die Herausgabepflicht⁵⁾.

1) Friedrich MOMMSEN, Erörterungen S. 77.

2) VON IHERING, Abhandlungen S. 76; KREB § 17 III 3 b, S. 370; ferner die in FN 4 S. 271 Genannten.

3) "Nichtberechtigter" ist in diesem Sinn auch derjenige, der zwar gutgläubig Eigentum erworben hat, aber zur Herausgabe verpflichtet ist. VGL. ESSER II § 104 II 1 b, S. 369; WILBURG a. a. O. (FN 1 S. 224) S. 128 ff.; SCHULZ a. a. O. (FN 2 S. 219) S. 443; JAKOBS S. 30; KELLMANN a. a. O. (FN 2 S. 237) S. 131; OSTENDORF S. 87; ROTH, Festschrift für Küchenhoff S. 378; WILHELM a. a. O. (FN 2 S. 246) S. 83, 91, 98; KOPPENSTEINER/KRAMER S. 130.

4) WILHELM a. a. O. S. 83, 91, 98.

5) SCHULZ a. a. O. S. 443; JAKOBS S. 30, 106.

Eine Zuweisung von Erträgen in das Vermögen des Rechtsinhabers ergibt sich aus §§ 818 Abs. 1 und §§ 987, 988 BGB bezüglich der Nutzungen. Für die natürlichen Früchte erklärt sich diese Zuweisung aus der Tatsache, daß diese aus dem Rechtsobjekt hervorgegangen sind; die Zuweisung der mittelbaren Früchte "aus der Erwägung, daß sie sich als Ersatz für die natürlichen Früchte und den Gebrauch der Sache darstellen"¹⁾. Fraglich ist, ob aus dieser Ertragszuweisung auf eine Zuweisung sämtlichen Verwendungserfolges an den Berechtigten geschlossen werden kann. Dagegen ist geltend gemacht worden, daß einer entsprechenden Deutung die verfehlte Anschauung zugrunde liege, der wirtschaftliche Ertrag stecke in einem Gegenstand wie die Frucht in einer Sache²⁾. WILHELM³⁾ betont demgegenüber, daß es nicht nur zur Erzielung eines wirtschaftlichen Ertrags, sondern auch zur Hervorbringung natürlicher Früchte eines "zweckgerichteten Gebahrens" mit der Sache bedürfe, so daß eine Gleichbehandlung der Fälle angebracht sei.

Aber gerade auf diesem Umstand, der Erforderlichkeit einer eigenen unternehmerischen, "willkürlichen" Tätigkeit des gewinnerzielenden Bereicherungsschuldners, beruhte der von der 2. Kommission "zu deutlicherem Ausdrucke" gebrachte Ausschluß des Verkaufsgewinns aus dem von § 818 Abs. 1 BGB gesteckten Haftungsrahmen⁴⁾. Dahinter verbirgt sich die zutreffende Erkenntnis, daß der Umfang des individuell vom Bereicherten erwirtschafteten Gewinns vornehmlich abhängig ist von dem Erfolg der Unternehmenstätigkeit des Bereicherten. Dessen unternehmerische Leistung besteht darin, die einzelnen Produktionsfaktoren (menschliche Arbeitsleistungen, Betriebsmittel, Werkstoffe⁵⁾) zu einer optimalen

1) Motive MUGDAN III S. 38 f.

2) SCHULZ a. a. O. (FN 2 S. 219) S. 205, 220 FN 13; JAKOBS S. 29.

3) WILHELM a. a. O. (FN 2 S. 246) S. 83.

4) Protokolle MUGDAN II S. 1185.

5) Vgl. GUTENBERG I S. 3.

Kombination zu vereinigen¹⁾ und auf diese Weise einen Unternehmensertrag zu erwirtschaften. Im System der produktiven Faktoren kommt diesem vierten Faktor, der unternehmerischen Leistung, für die Produktivität und damit für den Gewinn des Unternehmens die beherrschende Stellung zu²⁾. Der Unternehmensgewinn stellt daher eine Vergütung für die wirtschaftliche Tätigkeit des Bereicherten dar³⁾. Er ist keine "Frucht" des Unternehmens.

Begründet man die Gewinnhaftung mit der rechtlichen Zuweisung der Gewinnerzielungsmöglichkeit an den Berechtigten, so übersieht man außerdem, daß die rechtlich ausschließliche Befugnis, mit einem Rechtsobjekt "nach Belieben (zu) verfahren" (§ 903 BGB), noch nichts über die dem Berechtigten konkret gegebene Nutzungsmöglichkeit aussagt. Aus einer Werbung mit dem Bild einer Person kann nur derjenige Gewinn erzielen, der ein bestimmtes Produkt zu verkaufen hat. Ob ein Patent dem Erfinder nur zur Erzielung von Lizenzgewinnen dient oder ob er selbst die Produktion aufnehmen kann, hängt nicht von dem Patent, sondern von der Kapitalkräftigkeit des Berechtigten oder der Existenz eines produktionsbereiten Unternehmens ab. Die Gewinne, die der Einsatz eines Verfahrenspatents mit sich bringt, variieren je nach Umfang der Produktion, die wiederum von der Größe des Unternehmens, der Qualität der Produkte, der Marktstellung des Unternehmens und anderer Faktoren abhängig ist. In allen Fällen bestimmen diese inneren und äußeren Gewinnfaktoren⁴⁾, die der Vermögenssphäre des Gewinnerzielenden zuzurechnen sind, ob, in welcher Weise und in welchem Umfang Gewinn erzielt wird.

Wird aus der Zuweisung der Nutzziehungsbefugnis auf die Zuweisung des tatsächlich erzielten Gewinns in das Vermögen des Berechtigten geschlossen, wird die Bedeutung

1) A. a. O. S. 5.

2) A. a. O. S. 131.

3) A. a. O. S. 5; SCHÄFER S. 242.

4) Im einzelnen vgl. SCHÄFER S. 239 f.

der unternehmerischen Tätigkeit und die Abhängigkeit des Gewinns von der Vermögenssphäre des Bereicherungsschuldners verkannt.

Die Tätigkeit des Fruchtziehenden erscheint dagegen nicht als "willkürliche Verwendung", sondern "nur als Perception eines durch die Sache angebotenen Erwerbs."¹⁾ Die Art und der Umfang des Ertrags wird in hohem Maße von der Sache vorgegeben. Aus einer Obstbaumpflanzung kann nur Obst geerntet werden, und der Umfang der Ernte wird vor allem von der Größe und Lage des Grundstücks, der Beschaffenheit des Bodens und dem Klima bestimmt. Folgerichtig hat man aber auch für die Herausgabe von Früchten nach § 818 Abs. 1 BGB eine Begrenzung auf den Durchschnittsertrag gefordert²⁾, um die Abhängigkeit von der Tätigkeit des Schuldners zu berücksichtigen³⁾.

IV. Die Gewinnhaftung als Sanktion für widerrechtliches Handeln?

Eine Gewinnhaftung kann man daher nur dann befürworten, wenn man die Bedeutung der unternehmerischen Tätigkeit des Bereicherungsschuldners unberücksichtigt lassen kann. Das ist, wie JAKOBS zutreffend sieht⁴⁾, nur möglich, wenn man die Gewinnhaftung als Sanktion für widerrechtliches Handeln betrachtet. Zur Begründung der Gewinnhaftung bleibt nur der Grundsatz, daß der Nichtberechtigte aus seinem Rechtsbruch keinen Vorteil ziehen dürfe⁵⁾.

Dieser Grundsatz des "kein Gewinn aus Unrecht" ist im BGB in § 687 Abs. 2 BGB berücksichtigt worden. Die Bedeutung dieser Vorschrift liegt nicht nur in der

1) MOMMSEN a. a. O. (FN 1 S. 273).

2) PLANCK/LANDOIS § 818 Anm. 2 g; STAUDINGER/SEUFERT § 818 Rdnr. 10; STIEVE S. 76 f.; VON MAYR, Bereicherung S. 611 ff.

3) So auch der BGH für die Herausgabe von Unternehmensgewinnen, vgl. oben S. 181 ff.

4) JAKOBS S. 100.

5) SCHULZ a. a. O. (FN 2 S. 219) S. 443; JAKOBS S. 106; KELLMANN a. a. O. (FN 2 S. 237) S. 133; HAINES S. 49.

Erstreckung der Sonderhaftung der §§ 667 ff. BGB auf den bösgläubigen Eigengeschäftsführer¹⁾, da eine Verpflichtung zum Schadensersatz sich schon aus dem Deliktsrecht ergibt, sie dient vor allem der Einführung der Gewinnhaftung²⁾.

Da jede eigenmächtige Geschäftsführung einen Bereicherungsanspruch des Geschäftsherrn begründet, ist diese ausdrückliche Normierung einer Gewinnhaftung nur verständlich, wenn eine entsprechende Verpflichtung sich nicht schon aus dem Bereicherungsrecht ergibt. Davon ist die 2. Kommission ausgegangen³⁾ und anscheinend auch die 1. Kommission. Denn aus den Motiven ergibt sich, daß die 1. Kommission sogar die Nutzungen, die der bösgläubige oder verklagte Besitzer gezogen hat, dann nicht als eine ungerechtfertigte Bereicherung auf Kosten des Berechtigten ansah, wenn der Berechtigte sie selbst nicht hätte ziehen können. Die Herausgabepflicht des unredlichen Besitzers (§§ 987 ff. BGB) wurde daher mit dem Grundgedanken des § 687 Abs. 2 BGB wegen der "Kenntnis von der Fremdheit der Sache" gerechtfertigt. Die Unredlichkeit des Besitzers ist der Grund, weswegen er wie ein Geschäftsführer zugunsten des Berechtigten behandelt werden kann⁴⁾. Nur der unredliche Geschäftsführer wird daher dem Grundsatz des "kein Gewinn aus Unrecht" unterworfen.

Diese Beschränkung leuchtet auch ein. Denn die Gewinnhaftung des § 687 Abs. 2 BGB ist normiert, um Rechtsbrüche zu verhindern. Das Unrecht soll nicht zum Rechenexempel werden. Die Aussicht auf einen Gewinn soll als Anreiz zum Rechtsbruch ausscheiden. Eine derartige Sanktion ist aber gegenüber dem gutgläubigen Schuldner nicht notwendig, da dieser nicht weiß, daß er rechtswidrig handelt. Die Befürwortung einer bereicherungsrechtlichen

1) So JAKOBS S. 90 ff., 101 f.; ihm folgend ESSER II § 104 II 1 b, S. 370; KOPPENSTEINER NJW 1971, 1772.

2) Protokolle MUGDAN II S. 1202 f.

3) A. a. O. S. 1203.

4) Motive a. a. O. (FN 2 S. 265).

Gewinnhaftung auch gegenüber dem gutgläubigen Bereicherungsschuldner ist daher angesichts der Regelung des § 687 Abs. 2 BGB wenig überzeugend.

Eine Gewinnhaftung zu Lasten des gutgläubigen Bereicherungsschuldners soll sich aber aus dem Prinzip der Rechtswiederherstellung begründen. Da die Nutzung des Rechtsobjekts ausschließlich dem Rechtsinhaber zustehe, komme es einer Aufhebung des subjektiven Rechts gleich, wenn einem Dritten der Gewinn, den er im Widerspruch zu diesem Recht gezogen habe, belassen würde¹⁾.

Eine Wiederherstellung des Rechts des Gläubigers wird aber auch schon dann erreicht, wenn dem Eingreifer die Zahlung einer Vergütung für die Verwendung fremden Gutes auferlegt wird. Hierzu bedarf es nicht einer Gewinnhaftung. Indem der Eingreifer zur Leistung eines Entgelts verpflichtet wird, wird er gezwungen, das fremde Recht anzuerkennen.

V. Die Gewinnhaftung zu Lasten des gutgläubigen Schuldners als Widerspruch zum gewährten Vertrauensschutz.

Eine Gewinnhaftung des gutgläubigen Bereicherungsschuldners widerspräche dessen rechtlich geschützten Interessen. Der gutgläubige Bereicherungsschuldner wird in Abweichung von den Regeln des allgemeinen Schuldrechts begünstigt, indem er gemäß § 818 Abs. 3 BGB grundsätzlich nur auf den Überrest haftet. Diese Begünstigung wird ihm gewährt, weil sein Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit seines Erwerbs vom Gesetz geschützt wird²⁾. Sein Vertrauen auf den rechtsbeständigen Erwerb betätigt der

1) JAKOBS S. 106; WILHELM a. a. O. (FN 2 S. 246) S. 77 ff., 191 f.

2) In diesem Vertrauensschutz wird überwiegend der Normzweck des § 818 Abs. 3 BGB gesehen: SOERGEL/SIEBERT/MÜHL § 818 Rdnr. 33; PALANDT/THOMAS § 818 Anm. 6 A b; ESSER II § 105 II 1 c S. 381; LARENZ II § 70 II S. 512; KOPPENSTEINER/KRAMER S. 135.

Schuldner aber auch dann, wenn er das Erlangte nutzbringend verwendet. Wegen seines guten Glaubens kann er davon ausgehen, derartige Verwendungen auf eigene Rechnung und für eigenen Nutzen zu tätigen. Das Vertrauen des Erwerbers auf die Beständigkeit seines Erwerbs zu schützen, heißt daher auch, ihm die Vorteile aus einer eigennützigen Verwendung des Erlangten, d.h. seinen Gewinn, zu belassen¹⁾.

Eine Gewinnhaftung wird dagegen vom Gesetz nur angeordnet, wenn der Erwerbende nicht darauf vertrauen konnte, den erzielten Gewinn für sich zu behalten, sei es, daß er sich verpflichtet hatte, für einen anderen tätig zu werden (§ 667 BGB), sei es, daß er bewußt und gewollt für einen anderen handeln wollte (§§ 681, 683 BGB). Diesen Fällen wird wie im amerikanischen Recht der Fall des vorsätzlichen Eingriffs in fremde Rechte hinzugesellt (§ 687 Abs. 2 BGB). Die Situation des in gutem Glauben an seine Berechtigung handelnden Bereicherungsschuldners ist diesen Fallgruppen nicht vergleichbar.

C. Die Annäherung der Standpunkte.

Diesen Bedenken gegen eine umfassende Gewinnhaftung des gutgläubigen Schuldners können sich auch die Befürworter einer bereicherungsrechtlichen Gewinnhaftung letztlich nicht verschließen. Der gutgläubige Schuldner wird daher über eine weitgehende Einschränkung der zunächst umfassend begründeten Gewinnhaftung wieder aus der Haftung entlassen. Auf diese Weise ergibt sich im Ergebnis eine weitgehende Annäherung der Standpunkte.

1) Dieser Gesichtspunkt spielt auch im amerikanischen Recht eine Rolle. Siehe unten S. 86 ff.

I. Die Ausschaltung der Gewinnhaftung durch die Berücksichtigung hypothetischer Kausalverläufe und die Grundsätze der Risikoverteilung.

Da nach der Auffassung derjenigen Autoren, die eine Gewinnhaftung befürworten, die gesamte positive Entwicklung des Vermögens infolge des ungerechtfertigten Erwerbs den Umfang des Bereicherungsanspruchs bestimmen soll, muß ein Kausalzusammenhang zwischen dem bereichernden Vorgang, Eingriff oder Leistung, und dem festgestellten Gewinn bestehen, um diesen herausgabepflichtig werden zu lassen. Diese Kausalität entfällt, wenn ein gleichwertiger hypothetischer Kausalverlauf zu berücksichtigen ist.

Der gutgläubige Bereicherungsschuldner soll daher immer dann den Gewinn behalten können, wenn er entsprechende Gewinne auch ohne die rechtsgrundlose Leistung bzw. den rechtswidrigen Eingriff erzielt hätte¹⁾. Das bedeutet, daß im gewöhnlichen kaufmännischen Geschäftsverkehr eine Gewinnhaftung praktisch ausscheidet. Lediglich, wenn Gegenstände verwendet wurden, die am freien Markt nicht erworben werden können, und der Bereicherte nicht auch auf andere Weise Gewinn hätte erzielen können, kommt es zu einer Gewinnhaftung²⁾.

Entsprechendes gilt, wenn die Gewinnhaftung mit den Grundsätzen der Risikoverteilung gerechtfertigt wird³⁾. Da wegen der Saldotheorie dem Empfänger einer entgeltlichen Leistung sich nicht auf § 818 Abs. 3 BGB berufen kann, soll nur derjenige zur Gewinnherausgabe verpflichtet sein, der eine unentgeltliche Leistung erhalten hat. Allerdings soll auch er nur der Gewinnhaftung unterliegen, wenn er erst durch den unentgeltlichen Erwerb zur

1) Grundlegend JAKOBS S. 56 ff., 136 ff.; ferner ESSER II § 104 II 1 b, S. 369; KOPPENSTEINER/KRAMER S. 164 f.; KLEINHEYER JZ 1961, 474; HAINES S. 127 ff.; CANARIS JZ 1971, 561; GURSKY JR 1972, 283 ff.

2) Gewinnhaftung zu Lasten arbeitsloser Kunsthändler, vgl. JAKOBS S. 58, 132.

3) Siehe oben S. 271 ff.

gewinnbringenden Verwendung veranlaßt worden ist, nicht aber wenn er auch sonst einen Gewinn erzielt hätte¹⁾. Im Fall der Eingriffskondiktion kommt es entsprechend zu einer Gewinnhaftung nur, wenn bei Kenntnis der Rechtsgrundlosigkeit der Schuldner nicht bereit gewesen wäre, ein Entgelt zu bezahlen. Denn nur dann ist er durch den unentgeltlichen Erwerb zu gewinnbringenden Verwendungen veranlaßt worden.

Demnach dürfte die Wertersatzhaftung trotz der grundsätzlichen Befürwortung einer Gewinnhaftung die Regel sein. Aber auch dann, wenn die Gewinnhaftung gewährt wird, ist fraglich, ob der Gläubiger dieses Anspruchs froh wird. Er müßte nicht nur den tatsächlich erzielten Gewinn des Schuldners nachweisen, sondern auch noch mögliche hypothetische Kausalverläufe berücksichtigen. Da es sich um die Feststellung des Gegenstandes des Bereicherungsanspruchs handeln würde, trüge der Gläubiger auch insoweit die Beweislast²⁾. Ob ihm entsprechende Feststellungen überhaupt möglich wäre, muß offen bleiben. Der Hinweis auf eine analoge Anwendung von § 252 BGB³⁾ überzeugt nicht. Gerade die Schwierigkeiten, zur Ermittlung des entgangenen Gewinns hypothetische Kausalverläufe im Vermögen des Verletzten zu berücksichtigen, sind die Ursache dafür, daß sich im Immaterialgüterrecht die deliktische Haftung häufig als wirkungslos erweist und eine Gewinnhaftung ausgebildet worden ist⁴⁾.

1) WILHELM a. a. O. (FN 2 S. 246) S. 73 ff.; REEB S. 101 ff.

2) HAINES S. 128.

3) JAKOBS S. 131.

4) Ohne Berücksichtigung hypothetischer Kausalverläufe. Vgl. BUSSE § 47 Rdnr. 27; KLAUER/MÖHRING/HESSE § 47 Rdnr. 38; REIMER/NASTELSKI § 47 Rdnr. 35; BERNHARDT § 56 III 1, S. 320. Bezeichnenderweise wird in diesem Bereich der Schadensberechnung über die angemessene Lizenzgebühr, also der Wertersatzhaftung, der Vorzug gegeben, vgl. die Nachweise unten in FN 5 S. 282.

II. Die Verteilung des Gewinns nach dem Verhältnis der Beitragswerte.

Auch wenn eine Verteilung des Gewinns nach dem Verhältnis der Beitragswerte vorgeschlagen wird, um die Interessen des Gutgläubigen angemessen zu berücksichtigen¹⁾, sind die praktischen Schwierigkeiten nicht geringer. Die Bewertung der einzelnen Beitragsfaktoren ist häufig unmöglich²⁾. Der von KELLMANN³⁾ unter Hinweis auf das amerikanische Recht gehegte Optimismus ist unbegründet. Das "apportionment of profits" wird nicht nur als schwer zu lösendes Problem erkannt, sondern die aufgetretenen Probleme haben sogar dazu geführt, die Gewinnhaftung aus dem Patentrecht herauszunehmen⁴⁾. Auch im deutschen Immaterialgüterrecht wird der Anspruch auf die angemessene Lizenzgebühr gegenüber der Gewinnhaftung bevorzugt⁵⁾.

III. Schlußfolgerung:

Die Gewinnhaftung als besondere Sanktion des Immaterialgüterrechts.

Für eine bereicherungsrechtliche Wertersatzhaftung spricht somit auch ihre gegenüber der Gewinnhaftung größere Praktikabilität. Da die Gewinnhaftung im übrigen nur dann Anwendung finden soll, wenn der gutgläubige Bereicherungsschuldner nicht anderweitig den Gewinn hätte erzielen

1) WILBURG a. a. O. (FN 1 S. 224) S. 128 ff.; KELLMANN a. a. O. (FN 2 S. 237) S. 137 ff.

2) Vgl. SCHÄFER S. 244: "Es wird auf immer ein unauflösbares Exempel bleiben, wie der Gewinn eines komplexen Unternehmens im einzelnen zustande kommt, welche Umstände jeweils zu Werke waren und welche Ansprüche für die beteiligten Faktoren daraus abzuleiten wären."

3) KELLMANN a. a. O. (FN 2 S. 237) S. 138.

4) Vgl. die Nachweise oben FN 1 S. 98.

5) REIMER/NASTELSKI § 47 Rdnr. 28, 41 a. E.; BERNHARDT § 56 III 2, S. 321. Diesen Anspruch kennt auch das amerikanische Recht: § 284 USCA 35. Die Zubilligung einer derartigen Wertvergütung als "apokryphe Fallentscheidung" abzutun (HAINES S. 151), widerspricht den praktischen Erfordernissen.

können, wird, da man den Fall des arbeitslosen Kunsthändlers getrost vernachlässigen darf, die eigentliche Zielrichtung der Gewinnhaftung deutlich.

Nicht allgemein zum Zwecke der gewinnbringenden Verwendung verfügbar sind vor allem immaterielle Güterrechte. Einer bereicherungsrechtlichen Gewinnhaftung würde damit vor allem der gutgläubige Verletzer dieser Rechte unterworfen.

Damit zeichnet sich ein Befund ab, der sich schon für das amerikanische Recht ergeben hat und auch für andere Rechtsordnungen zutrifft¹⁾: Die Gewinnhaftung ist, soweit sie nicht als Sanktion gegen vorsätzlichen Rechtsbruch verwendet wird, eine spezielle Sanktion des Immaterialgüterrechts.

Die Ausbildung der Gewinnhaftung beruht auf spezifischen Problemen dieses Rechtsgebiets. Der deliktische Schutz des Verletzten ist häufig nicht ausreichend, weil der Nachweis eines entgangenen Gewinns auf praktische Schwierigkeiten stößt. Außerdem können Darlegungen zur Höhe des entgangenen Gewinns dem Verletzten in einem Prozeß, den er gegen einen Konkurrenten führt, oft nicht zugemutet werden, da sie dem Verletzer Einblick in die wirtschaftlichen Verhältnisse des Verletzten gewähren²⁾. Hinzu kommt die größere Verletzlichkeit von Immaterialgüterrechten, die dem Berechtigten die Abwehr von Rechtsverletzungen erschwert³⁾. Die Gewinnhaftung bietet einen Ersatz für fehlenden präventiven Rechtsschutz, indem sie beim Verletzer den status quo ante herstellt und ihn damit in den Zustand zurückversetzt, in dem er sich

1) Vgl. STOLL S. 121. Zum amerikanischen und englischen Recht insbes. KÖNIG, Festschrift für von Caemmerer S. 179 ff. (188 ff.).

2) Vgl. dazu z. B. die Entscheidung des BGH vom 19. 6. 1951 (I) - BGHZ 2, 310, wonach sogar ein Fabrikationsgeheimnis aufzudecken ist, wenn auf andere Weise eine substantiierte Schadensberechnung nicht möglich ist; vgl. ferner BGH vom 8. 10. 1969 (VIII) = NJW 70, 29 (32), wo unter anderem deswegen eine Schadenspauschalierung gerechtfertigt wird.

3) Vgl. zum ganzen DÄUBLER JuS 1969, 51; FISCHER GRUR 1972, 153 f.; LOEWENHEIM ZHR 135 (1971) S. 115 ff.; LUTZ S. 116 ff.

befunden hätte, wenn der präventive Rechtsschutz wirksam und der Eingriff abgewehrt worden wäre.

Wegen dieses Bezugs zu spezifischen Problemen der immateriellen Güterrechte ist die Gewinnhaftung als eine richterliche Rechtsfortbildung zu charakterisieren, die in Anlehnung an den in § 687 Abs. 2 BGB enthaltenen Grundgedanken unter Berücksichtigung von delikts- und bereicherungsrechtlichen Grundsätzen als eine eigenständige Reaktion des Immaterialgüterrechts geschaffen worden ist¹⁾ und eine diesem Rechtsgebiet eigentümliche Rechtsschutzlücke schließt. Als weiterer Beleg für diese Erkenntnis mag die Tatsache gelten, daß sich auch in ausländischen Rechtsordnungen die Gewinnhaftung als Sanktion für Rechtsverletzungen im Immaterialgüterrecht findet²⁾. Bezeichnend ist vor allem, daß das englische Recht in diesem Bereich die Gewinnhaftung kennt³⁾, obwohl es an sich in der Anwendung des "constructive trust" erheblich zurückhaltender als beispielsweise das amerikanische Recht ist.

Dagegen ist die Gewinnhaftung nicht Bestandteil des allgemeinen Rechts der ungerechtfertigten Bereicherung. Aus systematischen Erwägungen unternommene Versuche, sie in das Bereicherungsrecht einzugliedern, können unterbleiben, wenn man den Begriff der richterlichen Rechtsfortbildung kennt, sie sollten unterbleiben, da sie den besonderen dogmatischen Charakter der Gewinnhaftung verschleiern.

Die Entwicklung der Gewinnhaftung aus den Grundsätzen der eigenmächtigen Geschäftsführung (§ 687 Abs. 2 BGB) entspricht der Entwicklung der Gewinnhaftung im amerikanischen Recht aus den Grundsätzen des "trust". Die amerikanische Rechtsprechung knüpft an die Stellung

1) LUTZ S. 101 ff.; SCHMIDT-SALZER JR 1969, 81 ff.; vgl. schon LINDENMAIER ZAkDR 1936, 163. Ebenso KÖNIG, Festschrift für von Caemmerer S. 179 ff. (207).

2) STOLL S. 121.

3) § 17 Copyright Act 1956, § 60 Patent Act 1949 - 61.

des "trustee" an, der zuerst andere Inhaber von Vertrauensstellungen, sog. "fiduciaries", und in der weiteren Entwicklung auch vorsätzliche Rechtsbrecher unterworfen werden¹⁾.

Die Gewinnhaftung von "fiduciaries" und des vorsätzlichen Rechtsbrechers ist im deutschen Recht gesetzlich verankert²⁾. Die Erweiterung ihres Anwendungsbereiches im Recht der Immaterialgüterrechte ist auch im deutschen Recht eine Leistung der Rechtsprechung.

D. Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs, bestimmt aus der Funktion des Bereicherungsrechts.

Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs läßt sich am zweckmäßigsten unter besonderer Berücksichtigung der Leistungskondition bestimmen, da die gesetzliche Regelung an dieser Fallgruppe ausgerichtet ist, wie ein Blick in die Gesetzesmaterialien zeigt. Maßgebend für die Bestimmung des Anspruchsgegenstandes sollte die Funktion sein, die dem Bereicherungsrecht als Bestandteil des Vermögensrechts zukommt.

Das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung ist Teil des Schuldrechts. "Das Schuldrecht (im objektiven Sinn) regelt die Sonderverbindungen zwischen einzelnen bestimmten Rechtsgenossen, kraft deren der Berechtigte (Gläubiger) vom Verpflichteten (Schuldner) ein bestimmtes Verhalten (Leistung) zur Befriedigung eines schutzwürdigen Interesses fordern kann."³⁾ In einer auf der Privatautonomie basierenden Rechtsordnung steht es grundsätzlich im Belieben der einzelnen Rechtsobjekte, entsprechende Sonderverbindungen durch Vertrag herzustellen und auf diese Weise rechtliche Kontakte zwischen den Vermögenssphären der Beteiligten zu knüpfen. Die Aufgabe

1) Siehe oben S. 62 ff.

2) Vgl. näher oben S. 93 ff.

3) ENNECCERUS/LEHMANN § 1 I, S. 1.

der Rechtsordnung besteht in erster Linie darin, den Rechtssubjekten eine bestimmte Anzahl von Typen rechtlicher Sonderverbindungen zur Verfügung zu stellen. Zugleich muß sie Sorge tragen für den Fall, daß die von den Rechtssubjekten angestrebten Sonderverbindungen rechtlicher Wirksamkeit entbehren, die Leistungen, die bei Wirksamkeit hätten gefordert werden können, aber schon erbracht worden sind. Von besonderer Bedeutung ist ein entsprechendes "Störungskorrektiv"¹⁾ in einer Rechtsordnung, in der wegen des Abstraktionsgrundsatzes die rechtswirksame Übertragung von Rechten nicht an den rechtsgültigen Bestand des obligatorischen Rechtsgeschäfts geknüpft ist. Für diese Fälle der fehlgeschlagenen Sonderverbindungen bedarf es einer gesetzlichen Regelung, die die durch die Leistung berührten vermögensrechtlichen Interessen der Beteiligten zur Ausgleichung bringt. Diese Ausgleichsordnung findet sich im Recht der ungerechtfertigten Bereicherung in den die Leistungskondition betreffenden gesetzlichen Bestimmungen.

Rechtstechnisch werden die vermögensrechtlichen Interessen der an der fehlgeschlagenen Sonderverbindung beteiligten Rechtssubjekte ausgeglichen, indem dem leistenden Rechtssubjekt ein Ausgleichsanspruch zugesprochen wird (§§ 812, 818 Abs. 1 und 2 BGB), dem gegenüber die Interessen des Leistungsempfängers in Form einer Einwendung Berücksichtigung finden (§ 818 Abs. 3 BGB).

Daraus folgt, daß der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs durch die Interessen des Leistenden bestimmt und begrenzt wird. Die vermögensrechtlichen Interessen des Leistungsempfängers bleiben nach der Struktur der gesetzlichen Regelung dagegen bei der Bestimmung des Anspruchsgegenstandes außer Betracht. Ihnen dient allein die Regelung des § 818 Abs. 3 BGB.

Das Ausgleichsinteresse des Leistenden hängt von der Art der erbrachten Leistung ab. Drei Typen von Leistungen können unterschieden werden:

1) VON CAEMMERER, Festschrift für Rabel S. 342 = Ges. Schr. I S. 219.

Die Leistung kann eine Änderung der Güterzuordnung durch Übertragung des Eigentums an einer Sache, eines Rechts oder sonstiger Gegenstände¹⁾ zum Inhalt haben (Kauf, Tausch, Darlehen, Werklieferungsvertrag).

Sie kann ohne Änderung der Güterzuordnung die Möglichkeit des Gebrauchs oder der Nutzung bestimmter Güter vermitteln (Miete, Pacht, Leihe), oder

sie kann ein bestimmtes Tätigwerden des Leistenden zum Gegenstand haben (Dienstvertrag, Werkvertrag, Auftrag, Maklervvertrag, Verwahrung).

Im ersten Fall wird den Interessen des Leistenden dadurch gedient, daß die Änderung der Güterzuordnung durch Rückübertragung des geleisteten Gegenstandes rückgängig gemacht wird. Demzufolge verpflichtet § 812 BGB zur Herausgabe des Erlangten, § 818 Abs. 2 BGB zum Wertersatz, wenn eine Herausgabe nicht mehr möglich ist.

In den beiden anderen Fallgruppen kommt eine Rückleistung nach der Natur der Sache nicht in Betracht. In Frage kommt daher nur ein vermögenswerter Ausgleich. Ausgerichtet an den Interessen des Leistenden ist er so vorzunehmen, daß der Leistende den Betrag erhält, den er üblicherweise für die Erbringung seiner Leistung verlangt und verlangen kann. Gegenstand des Bereicherungsanspruchs ist daher die übliche Vergütung. Der Bereicherungsanspruch ist notwendig ein Anspruch quasi ex contractu. Dementsprechend ordnet § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz an, wenn die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich ist.

Vergegenwärtigt man sich, daß nach der Struktur der gesetzlichen Regelung der Anspruchsgegenstand ausschließlich unter Berücksichtigung der Interessen des Leistenden zu bestimmen ist, so wird deutlich, daß es für den Anspruch unerheblich ist, ob die Leistung zu einer Vermehrung im Vermögen des Schuldners beigetragen hat. Die

1) Vgl. im einzelnen PALANDT/PUTZO § 433 Anm. 1 c.

Vermögensvermehrung gewinnt erst dann Bedeutung, wenn der Leistungsempfänger sich der rechtsvernichtenden Einwendung aus § 818 Abs. 3 BGB bedient¹⁾.

Versuche, den Bereicherungsanspruch am Gewinn des Leistungsempfängers auszurichten, ihn als einen Anspruch zu betrachten, der von vornherein auf die Abschöpfung der Vermögensvermehrung im Vermögen des Schuldners ausgerichtet ist, widersprechen daher der Struktur der gesetzlichen Regelung, indem sie den Gegenstand des Anspruchs nicht allein unter Berücksichtigung der Vermögensinteressen des Leistenden bestimmen, sondern ihn von der wirtschaftlichen Tätigkeit des Schuldners abhängen lassen. Sie sind zu verstehen als eine Folge unzulässiger dogmatischer Verkürzungen, weil sie das Besondere (Durchgriff der Einwendung des § 818 Abs. 3 BGB) zum Normalen erheben und dadurch einen Herausgabe- und Wertersatzanspruch zu einem Anspruch von besonderem dogmatischen Charakter werden lassen, der natürlich besonderer dogmatischer Pflege bedarf. Sie widersprechen auch der Funktion des Bereicherungsanspruchs als "Störungskorrektiv zum Recht der Güterbewegung"²⁾. Dieser Funktion entspricht es, wenn das Bereicherungsrecht einen Herausgabe- und einen Vergütungsanspruch zur Verfügung stellt.

1) Dementsprechend ist die Verteilung der Beweislast geregelt, vgl. PALANDT/THOMAS § 818 Anm. 8.

2) VON CAEMMERER, Festschrift für Rabel S. 342 = Ges. Schr. I S. 219.

RECHTSVERGLEICHENDE ZUSAMMENFASSUNG

A. Die Zersplitterung des Restitutionsrechts.

Das amerikanische Recht der Restitution wird durch eine fortdauernde starke Zersplitterung gekennzeichnet, die ein systematisches Aufbereiten der geltenden Rechtsnormen erheblich erschwert. Die Ausbildung eines einheitlichen Rechts der ungerechtfertigten Bereicherung wird daher in der Literatur als eine noch zu leistende Aufgabe angesehen.

Die historischen Gründe für diesen Zustand des Restitutionsrechts finden sich in den starren prozessualen Schranken, die das Aktionensystem des Common Law auszeichnete, und in dem dualen System des Common Law und der Equity. Beide Eigenheiten des anglo-amerikanischen Rechts verhinderten eine die Grenzen der einzelnen Klageformen und der beiden Normenkomplexe überspringende systematische Erfassung derjenigen Rechtsnormen, die sachlich dem Prinzip der ungerechtfertigten Bereicherung unterzuordnen sind¹⁾.

Dieser Zustand des amerikanischen Restitutionsrechts gibt aber keinen Anlaß, die Vorzüge eines kodifizierten Rechtssystems kontinentaler Prägung gegenüber dem "case-law" des anglo-amerikanischen Rechtskreises hervorzuheben. Denn ein Blick auf die Dogmatik zum deutschen Recht der ungerechtfertigten Bereicherung führt zu der Einsicht, daß auch die Kodifizierung und die Existenz einer um Schaffung eines deduktiven Systems bemühten Rechtswissenschaft weder unbedingt der Reduzierung von Problemen dienen, noch zur Vereinfachung und Übersichtlichkeit der Rechtsmaterie beitragen müssen. An die Stelle der "barocke(n) Fülle der

1) Oben S. 5 ff.

bereicherungsrechtlichen Figuren"¹⁾ des anglo-amerikanischen Rechts tritt im deutschen Recht die barocke Fülle der dogmatischen Streitfragen, die nahezu jedes im Bereicherungsrecht aufgeworfene Problem als umstritten erscheinen läßt²⁾.

B. Der Inhalt des Restitutionsrechts.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen dem amerikanischen Law of Restitution und dem deutschen Bereicherungsrecht wird sichtbar, wenn man den Inhalt beider Rechtsmaterien vergleicht. Dem deutschen Bereicherungsrecht obliegt die technische Durchführung der Rückabwicklung rechtsgrundlos erfolgter Leistungen. Die Frage, wenn eine Leistung ohne Rechtsgrund erfolgt ist, wird in Anwendung der Normen des Vertragsrechts beantwortet. Im Law of Restitution werden dagegen auch die Gründe für die Rückabwicklung abgehandelt³⁾. Ihnen vor allem gilt das Interesse der Wissenschaft. Die Probleme des Gegenstands und des Umfangs des Restitutionsanspruchs treten demgegenüber in den Hintergrund⁴⁾.

C. Der Gegenstand des Anspruchs.

I. Leistung eines konkreten Gegenstandes.

1. Naturalrestitution oder Wertersatz.

Ist eine Sache oder ein anderer vermögenswerter Gegenstand geleistet worden, ist der Restitutionsanspruch auf Rückabwicklung der Leistung gerichtet⁵⁾. Der

1) ZWEIFERT/KÖTZ I S. 327.

2) Den Diskussionsstand dokumentieren KOPPENSTEINER/KRAMER und REEB.

3) Oben S. 9 ff.

4) Oben S. 8.

5) Oben S. 36 ff.

Leistungsempfänger ist zur Herausgabe des geleisteten Gegenstandes verpflichtet. Der Gläubiger des Restitutionsanspruchs kann die Herausgabe des Leistungsgegenstandes im allgemeinen aber nicht erzwingen. Nach den Rechtsgrundsätzen des Common Law kann er nur den Marktwert des geleisteten Gegenstandes ersetzt verlangen¹⁾.

Die Naturalrestitution ermöglicht zwar die Rechtsfigur des constructive trust. Als Bestandteil der Equity kommt der constructive trust aber nur zur Anwendung, wenn der Rechtsbehelf des Common Law den Interessen des Gläubigers nicht genügt. Davon wird vor allem ausgegangen, wenn Grundstücke oder Grundstücksrechte geleistet worden sind. Grundsätzlich kann "specific restitution" verlangt werden, wenn die Leistung aus Vermögensgegenständen bestand, deren Wiederbeschaffung nicht oder nur schwer möglich ist (sog. "unique chattels")²⁾.

Der Bereicherungsanspruch des deutschen Rechts ist in der Gestalt der Leistungskondiktion ebenfalls auf Rückabwicklung der Leistung ausgerichtet. Die Behauptung, der Bereicherungsanspruch sei von vornherein auf die Abschöpfung der bewirkten Vermögensvermehrung ausgerichtet, ist unzutreffend. Die Leistungskondiktion bezweckt in erster Linie die Rückführung des geleisteten Gegenstandes in das Vermögen des Gläubigers. Sie ist in ihrer Gestalt nach nicht "Bereicherungs-", sondern Rückgewähranspruch³⁾.

Im Gegensatz zum Restitutionsanspruch des amerikanischen Rechts ermöglicht die Leistungskondiktion dem Gläubiger, in jedem Fall die Naturalrestitution zu erzwingen. Auf Wertersatz verwiesen wird der Gläubiger nur, wenn die Naturalrestitution nicht möglich ist. In diesem Fall kann er den Marktwert des Geleisteten ersetzt verlangen⁴⁾

1) Oben S. 40 ff.

2) Oben S. 45 ff.

3) Oben S. 105 ff.

4) Oben S. 113 ff.

Dennoch wird sich die Rückabwicklung in der Praxis beider Rechte nicht voneinander unterscheiden. Auch im deutschen Recht wird der Gläubiger in der Zwangsvollstreckung die Herausgabe des Leistungsgegenstandes nur dann erzwingen, wenn er ein besonderes Interesse daran hat, den geleisteten Gegenstand zurückzuerhalten. In den meisten Fällen, z. B. bei Leistung von Handelswaren, wird er den bequemeren Weg wählen und nach § 283 BGB Schadensersatz in Höhe des Marktwertes verlangen, wenn der Schuldner nach Ablauf einer bestimmten Frist den Leistungsgegenstand nicht herausgegeben hat¹⁾.

2. Der Rückgewähranspruch im Konkurs²⁾.

Der Restitutionsanspruch gewährt dem Gläubiger ein Recht auf Aussonderung im Konkurs des Schuldners. Dieses Recht erstreckt sich auch auf die Surrogate des Geleisteten.

Die Leistungskondition gewährt dagegen als schuldrechtlicher Anspruch dem Gläubiger im Konkurs des Schuldners keinen Vorrang vor anderen Gläubigern.

Aber auch dieser dogmatische Unterschied wird in der Praxis nur wenig Einfluß entfalten. Denn das Konkursvorrecht wird im amerikanischen Recht vor allem gewährt, wenn der Leistende arglistig getäuscht worden ist. In den meisten Fällen, in denen im amerikanischen Recht eine Aussonderung gestattet worden ist, wird daher der Gläubiger nach deutschem Recht nicht nur den obligatorischen Vertrag, sondern auch das Erfüllungsgeschäft anfechten können, so daß er dann zwar nicht als Gläubiger der Leistungskondition, aber als Eigentümer Konkursvorrang genießt. Entscheidungen amerikanischer Gerichte, die ein Konkursvorrecht in Fällen gewähren, in denen nach deutschem Recht eine Anfechtung des Erfüllungsgeschäfts nicht möglich ist, sind dagegen äußerst selten.

1) Oben S. 121 ff.

2) Oben S. 30 ff. und S. 123 ff.

Auf die Surrogate des Geleisteten kann der Gläubiger nach amerikanischem Recht im weiteren Umfang zugreifen. Nach deutschem Recht ist ihm in engen Grenzen nur ein Recht auf den Veräußerungserlös nach § 46 KO gewährt.

3. Die Erstreckung der Herausgabepflicht auf Nutzungen.

In beiden Rechtsordnungen wird die Verpflichtung zur Herausgabe auf Surrogate und auf die von dem Leistungsempfänger gezogenen Früchte und Gebrauchsvorteile erstreckt¹⁾. Als Gebrauchsvorteil ist dabei jeweils der Wert des Gebrauchs zu vergüten²⁾.

Für das amerikanische Recht gelten die Grundsätze aber uneingeschränkt nur für den Fall der "specific restitution". Schuldet der Leistungsempfänger dagegen Wertersatz, hat er den zu zahlenden Betrag zu verzinsen. Diese Verpflichtung entsteht zusammen mit der Wertersatzverpflichtung³⁾.

Das Restatement of Restitution gliedert die Nutzungen in "direct products" und "indirect products". Zu den letzteren gehören diejenigen Nutzungen, die einer eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit des Leistungsempfängers entspringen, während "direct products" ihren Ursprung noch in der Sphäre des Gläubigers finden. Die "indirect products" zählt das Restatement zu den Gewinnen, die nur der "conscious wrongdoer" herauszugeben hat. Nach diesen Grundsätzen hat der gutgläubige Restitutionsschuldner beispielsweise erlangte Miet- oder Pachtzinsen nur herauszugeben, wenn die Verträge schon zur Zeit der Leistung bestanden, nicht aber, wenn sie erst vom Schuldner selbst abgeschlossen worden sind. In diesem Fall hat er nur den Gebrauchswert zu vergüten⁴⁾.

1) Oben S. 47 ff. und S. 169 ff.

2) Oben S. 48 und S. 189 ff.

3) Oben S. 47 f.

4) Oben S. 49.

Die gesetzliche Regelung des deutschen Rechts (§ 818 Abs. 1 BGB) kennt diese Unterscheidung nicht. Sie läßt sich aber in der Rechtsprechung nachweisen¹⁾.

II. Nicht-gegenständliche Leistungen (Dienst- oder Werkleistung, Einräumung eines Gebrauchsvorteils).

Die nicht-gegenständlichen Leistungen erschöpfen sich in einer bestimmten Tätigkeit des Leistenden. Sie unterscheiden sich damit von den gegenständlichen Leistungen, die die Übertragung einer Sache oder eines anderen konkreten Gegenstandes in das Vermögen des Schuldners bewirken. Der Leistende kann daher nach der Natur der Leistung nicht die Herausgabe des Erlangten verlangen. Ihm steht dafür ein Anspruch auf Vergütung des Geleisteten zu²⁾.

Daß die Leistung nicht zu einer Bereicherung, d. h. Vermögensvermehrung oder Ausgabenersparnis, geführt hat, ist nur als Einwendung zugunsten des gutgläubigen Schuldners, im deutschen Recht gemäß § 818 Abs. 3 BGB, von Bedeutung. Im Fall eines unwirksamen gegenseitigen Vertrags ist die Wirkung der Einwendung aber eingeschränkt. So wie im Fall der gegenständlichen Leistung der Schuldner sich nicht auf den Wegfall der Bereicherung berufen kann, kann im Fall einer nicht-gegenständlichen Leistung der Schuldner sich nicht auf den Nichteintritt einer Bereicherung berufen, soweit er zurechenbar von einer Verpflichtung zur Gegenleistung ausging³⁾.

1) Oben S. 187 ff.

2) Oben S. 50 ff., S. 126 ff.

3) Oben S. 56 ff., S. 134 ff.

D. Die Gewinnhaftung des Leistungsempfängers im amerikanischen und im deutschen Recht.

I. Die Definition des Begriffs "Gewinnhaftung".

Unter dem Begriff "Gewinn" wurden in der vorliegenden Untersuchung Erträge verstanden, die der Empfänger einer rechtsgrundlosen Leistung durch die Verwendung des geleisteten Gegenstandes erworben hat. Als "Verwendung" des geleisteten Gegenstandes kommt eine Veräußerung des Leistungsgegenstandes, ein Ge- oder Verbrauch im eigenen Geschäftsbereich oder eine rechtsgeschäftliche Überlassung an Dritte (Miete, Pacht) in Frage.

Hat der Leistungsempfänger die durch eine entsprechende Verwendung erwirtschafteten Erträge an den Leistenden herauszugeben, sprechen wir von einer Gewinnhaftung.

Von ihr zu unterscheiden ist die Verpflichtung zur Leistung von Wertersatz. Unterliegt der Leistungsempfänger einer derartigen Verpflichtung, hat er den Wert des geleisteten Gegenstandes zu vergüten, wenn er diesen veräußert hat, oder den Gebrauchs-, bzw. Miet- oder Pachtwert zu zahlen, wenn er den Gegenstand gebraucht oder gegen Entgelt an Dritte überlassen hat. Den erzielten Veräußerungserlös, die durch den Gebrauch erwirtschafteten Erträge sowie die erhaltenen Miet- oder Pachtzinsen werden dagegen dem Leistungsempfänger belassen. Ihm verbleibt daher ein Überschuß, wenn es ihm gelingt, Erträge zu erwirtschaften, die dem zu leistenden Wertersatz übersteigen.

II. Ergebnisse.

Untersucht man für beide Rechtsordnungen, ob der Empfänger einer rechtsgrundlosen Leistung einer Gewinnhaftung oder einer Wertersatzverpflichtung unterliegt, lassen sich zwei wesentliche Feststellungen für beide Rechtsordnungen gemeinsam treffen:

1. Die Entscheidungen, in denen die Rechtsprechung zu dieser Frage Stellung nehmen mußte, sind dünn gesät. Sie stehen in keinem Verhältnis zu der Anzahl der Entscheidungen, die auf dem Gebiet des Immaterialgüterrechts eine Gewinnhaftung zu beurteilen hatten.

Schon von ihrer praktischen Bedeutung her, wird man daher in der Gewinnhaftung vor allem eine spezielle gegen die Verletzungen von Immaterialgüterrechten gerichtete Sanktion erblicken müssen¹⁾.

2. Untersucht man die Voraussetzungen, von denen die Rechtsprechung eine Verpflichtung zur Gewinnherausgabe in Leistungsbeziehungen abhängig gemacht hat, kann man in beiden Rechtsordnungen eine unterschiedliche Behandlung des gutgläubigen und des bösgläubigen Bereicherungsschuldners feststellen:

Einer Verpflichtung zur Gewinnherausgabe unterliegt grundsätzlich nur derjenige Schuldner, der sich den Leistungsgegenstand vorsätzlich mit unlauteren Mitteln verschafft hat oder von der Rechtsgrundlosigkeit seines Erwerbs Kenntnis erlangt²⁾.

Den gutgläubigen Schuldner trifft dagegen nur eine Verpflichtung zum Wertersatz.

Der bösgläubige Schuldner wird zur Herausgabe seines Gewinns an den Gläubiger verpflichtet, um von einer Verletzung fremder Rechte abzuschrecken und den Anreiz, den eine Gewinnerwartung bildet, auszuschalten. Der Leistende kann deswegen die Gewinne herausverlangen, ohne daß es darauf ankommt, ob er selbst sie hätte erzielen können³⁾.

Der gutgläubige Schuldner dagegen vertraute darauf, den geleisteten Gegenstand mit Rechtsgrund erworben zu haben. Dieses Vertrauen wird auch insoweit geschützt, als er davon ausgehen konnte, den Gegenstand

1) Oben S. 97 f., S. 282 ff.

2) Oben S. 66 ff., S. 87 ff., S. 200 ff.

3) Oben S. 76 f., S. 81, S. 96.

gewinnbringend für sich einzusetzen. Ein Anlaß, ihm die Rolle eines Treuhänders für fremdes Vermögen aufzulegen, besteht nicht¹⁾.

III. Die dogmatischen Grundlagen der Gewinnhaftung.

1. Amerikanisches Recht.

Im amerikanischen Recht stehen dem Leistenden zwei Rechtsbehelfe zur Verfügung, um die Herausgabepflicht des Leistungsempfängers auf Gewinne zu erstrecken. Im Common Law ist es der sog. "waiver of tort", dessen Bedeutung aber nicht an diejenige des "constructive trust" heranreicht, der dem Normenkomplex der Equity angehört.

a. "waiver of tort"

"To waive the tort and sue in assumpsit" ist die dem Rechtsinhaber eingeräumte Wahlmöglichkeit, im Fall einer Rechtsverletzung statt mit der Deliktsklage mit der quasikontraktlichen Klage "indebitatus assumpsit" gegen den Verletzer vorzugehen.

Grundlage dieser Wahlmöglichkeit bildete die Fiktion eines Vertrages zwischen dem Rechtsinhaber und dem Verletzer. So wurde, wenn ein Nichtberechtigter eine fremde Sache verkauft hatte, dem Berechtigten das Recht eingeräumt, den Verkauf zu genehmigen und den Nichtberechtigten als seinen "agent" auf Herausgabe des Verkaufserlöses zu verklagen. "Waiver of tort" übernimmt daher die Funktion, die § 816 BGB im deutschen Recht zukommt.

Obwohl der "waiver of tort", gerichtet auf Herausgabe des Verkaufserlöses, grundsätzlich die Abschöpfung eines Verkaufsgewinns ermöglicht, liegt hierin nicht seine eigentliche Bedeutung. Die Pflicht zur Herausgabe des Verkaufserlöses ist nicht begründet worden, um den

1) Oben S. 84 ff., 278 f.

nichtberechtigten Verkäufer zur Herausgabe seines Gewinns zu zwingen, sondern um dem Kläger die Vorteile einer assumpsit-Klage zu verschaffen. Es war daher auch nicht möglich, einen Fall aufzufinden, in dem dem Gläubiger tatsächlich mehr als der Wert der verkauften Sache zugesprochen worden ist.

Zumindest konnte aber festgestellt werden, daß in Leistungsfällen nur der bösgläubige Schuldner von einer Pflicht zur Gewinnherausgabe betroffen wird.

Eine Verpflichtung zur Herausgabe von Gewinnen trifft nach der amerikanischen Rechtsprechung auch denjenigen, der fremde Sachen unbefugt gebraucht. Allerdings ist auch in diesen Fällen die Haftung nur dann auf den Gewinn erstreckt worden, wenn der Schuldner vorsätzlich gehandelt hatte¹⁾.

b. "constructive trust".

Wird der rechtsgrundlos geleistete Gegenstand von den Gerichten mit einem "constructive trust" belegt, kommt es zu einer Aufspaltung der dinglichen Berechtigung. Der Leistungsempfänger als Inhaber des "legal interest" übt seine Berechtigung treuhänderisch für den Leistenden aus, dem das "equitable interest" an der Sache zukommt. Die treuhänderische Verpflichtung erschöpft sich allerdings in der Verpflichtung zur Herausgabe der Sache, die aber wiederum auf Surrogate und Gewinne erstreckt wird, soweit diese vom "equitable owner" im Vermögen des "trustee" identifiziert werden können (to follow the property into its product, tracing).

Der "constructive trust", ursprünglich eine Rechtsfigur des trust-Rechts, wird heute dem Law of Restitution zugerechnet. Ursprünglich unterlagen nur der rechtsgeschäftlich bestellte "trustee" und der Inhaber einer Vertrauensstellung ("fiduciary") der Pflicht zur Gewinnherausgabe, wie sie auch im deutschen Recht in diversen

1) Zum ganzen oben S. 62 ff.

Vorschriften angeordnet ist¹⁾. Später wurde diese Verpflichtung auf den Dieb und dann auf jeden vorsätzlichen Schädiger erstreckt, d. h. auch auf denjenigen, der sich mit unredlichen Mitteln ("fraud, duress, undue influence") eine Leistung erschlichen hatte.

Dagegen wird der gutgläubige Leistungsempfänger nicht zur Herausgabe seiner erwirtschafteten Gewinne verpflichtet²⁾.

Besondere Bedeutung hat die Gewinnhaftung allerdings nur im Fall der Verletzung von Immaterialgüterrechten erworben. In diesem Bereich trifft sie zum Teil auch den gutgläubigen Schuldner³⁾.

2. Deutsches Recht.

Auch im deutschen Recht wird von der Rechtsprechung nur der bösgläubige Leistungsempfänger zur Herausgabe von Gewinnen verurteilt. Ihn trifft die Verpflichtung von § 687 Abs. 2 i. V. m. 681 Satz 2, 667 BGB, die ihm die Stellung eines Geschäftsführers zugunsten des Leistenden aufzwingt und ihn daher die Herausgabe von allem, was er aus der "Geschäftsbesorgung" erlangt hat, auferlegt⁴⁾.

Der gutgläubige Schuldner, der nur nach §§ 812 ff. BGB zur Herausgabe seiner ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet wird, kann dagegen seinen Gewinn behalten.

Denn die Rechtsprechung erstreckt die in ihrem Umfang in den §§ 812, 818 Abs. 1 BGB normierte Verpflichtung nicht auf den Verkaufserlös und verurteilt auch denjenigen, der die geleistete Sache gebraucht hat, nur zur Vergütung des Gebrauchswertes, nicht aber zur Herausgabe des durch den Gebrauch erwirtschafteten Gewinns⁵⁾.

Lediglich nach § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB soll der Nichtberechtigte, der einen Gegenstand wirksam veräußert hat, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

1) Oben S. 94.

2) Zum ganzen oben S. 73 ff.

3) Oben S. 97 f.

4) Oben S. 192 ff.

5) Oben S. 142 ff.

nicht nur zum Wertersatz, sondern auch zur Herausgabe eines Veräußerungsgewinns verpflichtet sein.

§ 816 Abs. 1 Satz 1 BGB findet in Leistungsverhältnissen Anwendung, wenn die Unwirksamkeit des obligatorischen Rechtsgeschäfts auch den dinglichen Vertrag ergreift. Da daß nicht nur bei Unredlichkeit des Schuldners (§§ 123, 142 Abs. 2 BGB) der Fall ist, sondern u. a. auch dann, wenn dem Leistenden die Geschäftsfähigkeit fehlte, könnte demnach auch ein gutgläubiger Leistungsempfänger nach § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB zur Herausgabe eines Veräußerungsgewinns verpflichtet sein.

Bevor man aber die oben festgestellte Unterscheidung nach der Bös- bzw. Gutgläubigkeit des Schuldners durch die Rechtsprechung zu § 816 BGB durchbrochen glaubt, ist daran zu erinnern, daß der BGH bislang noch keinen Fall entschieden hat, in dem vom Bereicherungsschuldner durch einen Verkauf mehr als der Wert der verkauften Sache erlangt worden ist und daß der BGH seine Bereitschaft bekundet hat, in einem solchen Fall unter Anwendung von § 242 BGB gegebenenfalls seine Rechtsprechung zu korrigieren¹⁾.

Es ist bemerkenswert, wie eine Feststellung, die zum "waiver of tort" getroffen wurde, auch für § 816 BGB ihre Gültigkeit bewahrt. Ebenso wie beim "waiver of tort" ist nämlich auch bei § 816 BGB die Erstreckung auf das "durch die Verfügung Erlangte" nicht als bewußte Normierung einer Gewinnhaftung zu verstehen²⁾. Denn in der wissenschaftlichen Diskussion vor der Schaffung des BGB ist die Alternative Wertersatz- oder Gewinnhaftung für die Fallgestaltung des § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB aus historischen Gründen gar nicht gesehen worden. Erst die Gegenüberstellung von § 818 Abs. 1 und § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB in der Kodifikation hat dazu geführt, daß diese Alternative auch für § 816 BGB erörtert wurde.

1) Oben S. 149 ff.

2) Zum "waiver of tort" siehe oben S. 62 ff.

Da der Gesetzgeber sich in § 818 Abs. 1 BGB zugunsten der Wertersatzhaftung entschieden hat, ist auch die Herausgabepflicht nach § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB auf den Wert der veräußerten Sache zu beschränken, wobei allerdings der erzielte Erlös prima facie den Wert des Veräußerten repräsentiert¹⁾.

E. Schlußfolgerungen.

Die Untersuchung hat gezeigt, daß in beiden Rechtsordnungen die Verpflichtung zur Herausgabe von Gewinnen nicht eine Verpflichtung ist, die jeden Schuldner eines Restitutions- bzw. Bereicherungsanspruchs trifft. Die Gewinnhaftung trifft grundsätzlich nur den bösgläubigen, nicht aber den gutgläubigen Schuldner.

Soweit die Gewinnhaftung umfassender auch nicht bösgläubig- d. h. vorsätzlich- handelnde Schuldner betrifft, ist sie in beiden Rechtsordnungen nach ihrem Anwendungsbereich eine spezielle Sanktion für die Verletzung von Immaterialgüterrechten, die von der Rechtsprechung auf Grund spezifischer sachlicher Probleme dieses Rechtsgebiets entwickelt worden ist.

1) Zu den Materialien siehe oben S. 257 ff.

LITERATURVERZEICHNIS

- American Jurisprudence, Volume 66, 2nd. "Replevin. Restitution and Implied Contracts." Rochester, San Francisco 1973.
- American Law Institute, Restatement of the Law of Restitution. St. Paul 1937.
Restatement of the Law of Contracts. Vol. II, St. Paul 1932.
Restatement of the Law, Second. Trusts. Vol. I, St. Paul 1959.
Restatement of the Law, Second. Torts. Vol. I, St. Paul 1965.
- American Law Reports, Annotations:
Right with the respects of life insurance of one whose funds have been wrongfully used to pay premiums. 24 A.L.R.2nd (1952) 672.
Duty and liability of closely held corporation, its directors, officers, or majority stockholders, in acquiring stock of minority shareholders. 7 A.L.R.3rd (1966) 500.
Liability of municipality on quasi-contract for value of property or work furnished without compliance with bidding requirements. 33 A.L.R.3rd (1970) 1164.
Imposition of constructive trust in property bought with stolen or embezzled funds. 38 A.L.R.3rd (1971) 1354.
- Ames, J. B., The History of Assumpsit I. - Express Assumpsit. 2 Harv.L.Rev. (1888-89) 1.
ders. The History of Assumpsit II. - Implied Assumpsit. 2 Harv.L.Rev. (1888-89) 53.
ders. Assumpsit for Use and Occupation. 2 Harv.L.Rev. (1888-89) 377.
ders. Following Misappropriated Property into its Product. 19 Harv.L.Rev. (1905-1906) 511.
ders. Lectures on Legal History and Miscellaneous Legal Essays. Cambridge 1913.
- Andersen, Tort and Implied Contract Liability of the Government. 30 Minn.L.Rev. (1946) 133.

- Assfalg, D., Die Behandlung von Treugut im Konkurse des Treuhänders. Rechtsvergleichende Studie zur Grenzbereinigung zwischen Schuld- und Trenhandverhältnis. Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Bd. 28. Berlin 1960.
- Bälz, U., Eingriffsschutz und Opfersicherung im Haftungssystem des Zivilrechts (I). Tübingen 1970.
- Ballerstedt, K., Das Unternehmen als Gegenstand des Bereicherungsanspruchs. In: Gesellschaft und Unternehmensrecht. Festschrift für Wolfgang Schilling. Herausgegeben von R. Fischer und W. Hefermehl. Berlin, New York 1973, S. 289.
- Barnstedt, E., Das Merkmal der Rechtsgrundlosigkeit in der ungerechtfertigten Bereicherung. Neue deutsche Forschungen. Abt. Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 9.
- Batsch, K. L., Bereicherungshaftung ohne Vermögensvermehrung? NJW 1972, S. 611.
- ders. Kraftfahrzeugvermietung an Minderjährige. NJW 1969, S. 1743.
- ders. Vermögensverschiebung und Bereicherungsherausgabe in den Fällen unbefugten Gebrauchs bzw. sonstigen Nutzens von Gegenständen. Marburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen. Reihe A, Bd. 17. Marburg 1968.
- Baumbach - Duden, Handelsgesetzbuch, Kurz-Kommentar. 23. Aufl. München 1978.
- Beale, J. H., The measure of recovery upon implied and quasi-contracts. 19 Yale L.J. (1909-10) 609.
- Benkard, G., Patentgesetz. Gebrauchsmustergesetz. Kurz-Kommentar. 6. Aufl. München 1973.
- Bernhardt, W., Lehrbuch des deutschen Patentrechts. 3. Aufl. München 1973.
- Beuthien, V., Das fehlerhafte Arbeitsverhältnis als bürgerlich-rechtliches Abwicklungsproblem. RdA 1969, S. 161.
- Beuthien/Hadding/
Lüderitz/Medicus/
Wolf, Studienkommentar zum BGB. Erstes bis Drittes Buch. 2. Aufl. Frankfurt a.M. 1979.
- Blomeyer, A., Anmerkung zu BGB vom 14. 7. 1956 (V) = MDR 1957, S. 149 (= BGHZ 21, 319), MDR 1957, S. 151.

- Blume, W. W., American Civil Procedure. Boston, Toronto 1955.
- Boehmer, G., Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung. II. Buch, 2. Abt.: Praxis der richterlichen Rechtsschöpfung. Tübingen 1952.
- Bogert, G. G./
Bogert, G. T., Handbook of the Law of Torts. 5th ed. St. Paul 1973.
- Brox, H., Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung. Karlsruhe 1960.
- Büttner, H., Der Anspruch auf Herausgabe von Kapitalnutzungen. BB 1970, S. 233.
- Busse, R., Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz. Kommentar. 4. Aufl., Berlin, New York 1972.
- Bydlinski, F., Lohn- und Kondiktionsansprüche aus zweckverfehlenden Arbeitsleistungen. In: Festschrift für Walter Wilburg. Grazer Rechts- und Staatswissenschaftliche Studien, Bd. 15, Graz 1965, S. 45.
- Caemmerer, E. von, Anmerkung zu BGH vom 8. 1. 1959 (VII) JR 1959, S. 461 (= BGHZ 29, 157), JR 1959, S. 462.
- ders., Bereicherungsausgleich bei Verpfändung fremder Sachen. In: Festschrift für Hans Lewald, Basel 1953, S. 443. = Ges. Schriften, Bd. 1, Tübingen 1968, S. 279.
- ders., Bereicherung und unerlaubte Handlung. In: Festschrift für Ernst Rabel. Bd. I: Rechtsvergleichung und internationales Privatrecht, Tübingen 1968, S. 209.
- ders., Grundprobleme des Bereicherungsrechts. Ges. Schriften Bd. 1, Tübingen 1968, S. 336.
- ders., Irrtümliche Zahlung fremder Schulden. In: Vom deutschen zum europäischen Recht. Festschrift für Hans Dölle. Herausgegeben von Ernst von Caemmerer, Arthur Nikisch, Konrad Zweigert. Bd. I: Deutsches Privat- und Zivilprozeßrecht, Rechtsvergleichung. Tübingen 1963. S. 135 = Ges. Schriften Bd. 1, Tübingen 1968, S. 336.
- ders., Währungsgesetzgebung und Schuldverhältnisse. SJZ 1948 Sp. 497 = Ges. Schriften Bd. 2, Tübingen 1968, S. 197.
- Calamari, J. D./
Perillo, J. M., The Law of Contracts. St. Paul 1970.

- Callmann, R., The Law of Unfair Competition, Trade-marks and Monopolies. 3rd ed. Vol. IV 1970, Mundelein, Illinois.
- Canaris, C.-W., Anmerkung zu BGH vom 7. 1. 1971 (VII) JZ 1971, S. 556 (= BGHZ 55, 128), JZ 1971, S. 560.
- ders. Atypische faktische Arbeitsverhältnisse. BB 1967, S. 164.
- Comment Quasi - Contracts - Concept of Benefit (G. A. Rinker). 46 Mich.L.Rev. (1947-48), 543.
- Rescission at Law and in Equity (H. S. Koford). 36 Cal.L.Rev. (1947-48), 606.
- Corbin, A. L., On Contracts. Vol. I, 1963; Vol. II, 1963; Vol. III, 1960; Vol. IV, 1951, St. Paul, Minn.
- ders. Waiver of tort and suit in assumpsit. 19 Yale L.J. (1909-10), 221.
- McCormick, Ch. T., Handbook on the Law of Damages. St. Paul 1935.
- Cosack, K./
Mitteis, H., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Bd.: Die allgemeinen Lehren und das Schuldrecht. 8. Aufl. Jena 1927.
- Costede, J., Dogmatische und methodologische Überlegungen zum Verständnis des Bereicherungsrechts. Bern 1977.
- Costigan, G. P., Implied-in-fact contracts and mutual assent. 33 Harv.L.Rev. (1919-20), 376.
- Cretschmar, Das Bürgerliche Recht. I. Bd., Düsseldorf 1902.
- Crome, C., System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. II. Bd.: Recht der Schuldverhältnisse. Tübingen, Leipzig 1902.
- Däubler, W., Anspruch auf Lizenzgebühr und Herausgabe des Verletzergewinns - atypische Formen des Schadensersatzes. JuS 1969, S. 49.
- David, R., Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart. Übersetzt und für den deutschen Leser bearbeitet von Günther Grasmann. München, Berlin 1966.
- Dawson, J. P., Economic Duress. 45 Mich.L.Rev. (1947), 253.
- Dawson, J. P., Unjust Enrichment. A comparative analysis. Boston 1951.
- Dawson, J. P./
Palmer, G. E., Cases on Restitution. 2nd ed., Indianapolis, Kansas City, New York 1969.

- Dernburg, H., Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. II. Bd. 2. Abt.: Die Schuldverhältnisse, Einzelne Obligationen. 3. Aufl. Halle 1906.
- Diederichsen, U., Fälle und Lösungen nach höchstgerichtlichen Entscheidungen BGB - Allg. Teil. 4. Aufl. Karlsruhe 1978.
- Diesselhorst, M., Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle, verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie. Tübingen 1968.
- Dobbs, D. B., Handbook on the Law of Remedies, Damages, Equity, Restitution. St. Paul 1973.
- Douthwaite, G., The Tortfeasor's Profits - A Brief Survey. 19 Hast.L.J. (1968), 1071.
- Drexelius, M., Irrtum und Risiko. Arbeiten zur Rechtsvergleichung Bd. 22. Frankfurt a.M. 1964.
- Ebbecke, Gestaltung des Bereicherungsrechts im einzelnen. Recht 1912, Sp. 745.
- Ehrenzweig, A., System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. II. Bd., 1. Hälfte: Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Wien 1928.
- Endemann, F., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Bd.: Allgemeiner Theil - Recht der Schuldverhältnisse. 9. Aufl. Berlin 1903.
- Engelmann, A., Das Bürgerliche Recht Deutschlands. 6. Aufl. Berlin 1913.
- Enneccerus, L., Recht der Schuldverhältnisse. 10. Bearbeitung Marburg 1927.
- Enneccerus, L./
Lehmann, H., Recht der Schuldverhältnisse. 5. Bearbeitung Tübingen 1958.
- Enneccerus, L./
Nipperdey, H. C., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 2. Halbband. 15. Aufl. Tübingen 1960.
- Entwurf Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Großherzogtum Hessen nebst Motiven. 4. Abth. Von den Verbindlichkeiten. Darmstadt 1853.
- Entwurf Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern. München 1861.
- Entwurf Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse. Dresden 1866. Zit.: Dresdner Entwurf.
- Erman, W., Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Herausgegeben von Harm Peter Westermann. 1. Bd., 6. Aufl. Münster 1975.

- Erxleben, A., Die Conditiones sine causa. Bd. I. Leipzig 1850.
- Esser, J., Schuldrecht. Bd. II: Besonderer Teil. 4. Aufl. Karlsruhe 1971.
- Fikentscher, W., Schuldrecht. 6. Aufl. Berlin, New York 1976.
- Fischer, H. A., Bereicherung und Schaden. In: Festschrift für Ernst Zitelmann. München und Leipzig 1913.
- Flessner, A., Wegfall der Bereicherung - Rechtsvergleichung und Kritik. Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht Bd. 37. Berlin, Tübingen 1970.
- Flume, W., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. II. Bd.: Das Rechtsgeschäft. 3. Aufl. Berlin, Heidelberg, New York 1979.
- ders., Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht. In: Festschrift für Hans Niedermeyer zum 70. Geburtstag. Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien Bd. 10. Göttingen 1953, S. 103.
- Fridman, G. H. L., Waiver of Tort. 18 Mod.L.Rev. (1955), 1.
- Friedmann, W., Die Bereicherungshaftung im angloamerikanischen Rechtskreis in Vergleichung mit dem deutschen bürgerlichen Recht. Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht Bd. 3. Berlin 1930.
- Froeb, W., Der Irrtum beim Vertragsschluß im amerikanischen Recht. Bonn 1962.
- Furtner, G., Zur Frage der Bemessung der Höhe des nach § 818 Abs. 2, 3 BGB zu leistenden Wertersatzes. MDR 1961, S. 649.
- Glenn, G., Rescission for fraud in sale or purchase of goods - quasi contractual remedies as related to trover and replevin. 22 Va.L.Rev. (1935-36) 859.
- Goetzke, H., Subjektiver Wert im Bereicherungsrecht? AcP 173 (1973), S. 289.
- Góff, R./ Jones, G., The Law of Restitution. 2nd ed. London 1978.
- Goldmann, E./ Lilienthal, F., Das Bürgerliche Gesetzbuch. I. Bd.: Allgemeiner Theil und Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1903.
- Großkommentar Aktiengesetz, Großkommentar. I. Bd., 2. Halbband §§ 76-147. Bearb. von Meyer-Landrut, Schilling, Barz. 3. Aufl. Berlin, New York 1973.

- Gursky, K.-H., Ersparnisgedanke und Reserveursache im Bereicherungsrecht. JR 1972, S. 279.
- ders. Nochmals: Kraftfahrzeugvermietung an Minderjährige. NJW 1969, S. 2183.
- Gutenberg, E., Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre. Erster Band: Die Produktion. 20 Aufl. Berlin, Heidelberg, New York 1973.
- Haas, H., Die Darstellung des Tatbestandes der ungerechtfertigten Bereicherung in moderner Sicht. Tübingen 1960.
- Haines, H., Bereicherungsansprüche bei Warenzeichenverletzungen und unlauterem Wettbewerb. Schriftenreihe zum gewerblichen Rechtsschutz Bd. 231. Köln, Berlin, Bonn, München 1970.
- Halsbury's The Laws of England. 3rd ed., Vol. 38. London 1962.
- Hanau, P., Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung. AcP 165 (1965), S. 220.
- Hand, Lo, Restitution or unjust enrichment. 11 Harv.L.Rev. (1897-98), 2491.
- Harper, F. V./ James, F., The Law of Torts. Vol. I. Boston, Toronto 1956.
- Heck, P., Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929.
- Hecke, M. T. van, Equitable Replevin. 33 North Carolina L.Rev. (1954), 59.
- Hedemann, J. W., Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 3. Aufl. Berlin 1949.
- Henle, R., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Schuldrecht. Teil 2/3. Rostock 1934.
- Henn, H. G., Handbook of the Law of Corporations. 2nd ed. St. Paul 1970.
- Hueck, A./ Nipperdey, H. G., Lehrbuch des Arbeitsrechts. Erster Band von A. Hueck. 7. Aufl. Berlin, Frankfurt a.M. 1963.
- Isele, H. G., Die Reichweite des Anspruchs auf Herausgabe des Eingriffserwerbs nach BGB § 687 Abs. 2. In: Liber Amicorum Ernst J. Cohn. Festschrift für Ernst J. Cohn. Herausgegeben von A. G. Chloros und K. H. Neumayer. Heidelberg 1975, S. 75.
- Jackson, R. M., The History of Quasi-Contract in English Law. Cambridge 1936.
- Jaeger, E., Konkursordnung mit Einführungsgesetzen. Kommentar. 1. Bd. §§ 1-70 KO. Bearb. von Friedrich Lent. 8. Aufl. Berlin 1958.

- Jakobs, H. H., Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung. Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 62. Bonn 1964.
- Jhering, R. von, Abhandlungen aus dem Römischen Recht. Leipzig 1844.
- ders. Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache verpflichtet, nach deren Untergang dem Eigenthümer derselben den gelösten Kaufpreis herauszugeben? JhJb Bd. 16 (1878), S. 230.
- Jochem, R., Eigentumsherausgabeanspruch (§ 985 BGB) und Ersatzherausgabe (§ 281 BGB): Abschied von einem Wiedergänger. MDR 1975, S. 177.
- Johow, R., Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 3. Buch: Sachenrecht. Berlin 1880. Zit.: Vor-entwurf Sachenrecht.
- Jung, E., Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des "rechtlichen Grundes". Leipzig 1902.
- ders. Das Wesen des schuldrechtlichen Grundes (§ 812 BGB) und dessen Bedeutung für die Systematik des Privatrechts. In: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts. Herausgegeben von Otto Schreiber. Berlin und Leipzig 1929. 3. Bd. S. 143.
- Kaehler, C.-M., Bereicherungsrecht und Vindikation. Allgemeine Prinzipien des Restitution dargestellt am deutschen und englischen Recht. Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozeßrecht Bd. 70. Bielefeld 1972.
- Kaser, M., Das Römische Privatrecht. Erster Abschnitt: Das altrömische und klassische Recht. Handbuch der Altertumswissenschaft X. 3.3.1. 2. Aufl. München 1971.
- Keener, W. A., Treatise on the Law of Quasi-Contract. New York 1893.
- Keeton, G., The Law of Trusts. 9th ed. London 1968.
- Kellmann, Ch., Bereicherungsausgleich bei Nutzung fremder Rechtsgüter. NJW 1971, S. 862.
- ders. Grundsätze der Gewinnhaftung. Schriften zum Wirtschaftsrecht Bd. 10. Berlin 1969.

- Kisch, W., Bereicherungsanspruch bei gutgläubiger Patentverletzung. In: Abhandlungen zum Arbeitsgebiet des Reichspatentamts. Festgabe zur Feier des 50jährigen Bestehens des Reichspatentamts. Herausgegeben von Hermann Isay. Berlin 1927, S. 92. Zit.: Patentamt-Festschrift.
- ders. Schadensersatz und Bereicherung bei Patentverletzung. LZ 1927, Sp. 667.
- Klauser, K.-A., Verwendungsersatz und Bereicherungsausgleich. NJW 1958, S. 47.
- Klauwer/Möhring, Patentrechtskommentar. Bd. II (§§ 36 b - 55 des Patentgesetzes, Gebrauchsmustergesetz, Internationales Privatrecht). 3. Aufl. München 1971.
- Kleinheyer, G., Eingriffsbereicherung durch unbefugte Nutzung und Wertersatz. JZ 1961, S. 473.
- ders. Rechtsgutsverwendung und Bereicherungsausgleich. JZ 1970, S. 471.
- Kluckhohn, Über die Verpflichtung zur Herausgabe des bei dem Verkaufe einer fremden Sache erzielten Gewinnes. Arch. Bürg. R. Bd. 41 (1915), S. 171.
- Koch, H., Bereicherung und Irrtum. Hamburger Rechtsstudien Heft 66. Berlin 1973.
- Köndgen, J., Wandlungen im Bereicherungsrecht. In: Dogmatik und Methode. Josef Esser zum 65. Geburtstag. Kronberg/Ts. 1975, S. 55.
- König, D., Gewinnhaftung. In: Festschrift für Ernst von Caemmerer. Herausgegeben von Hans Claudius Ficker u.a., Tübingen 1978.
- Koetz, H., Trust und Treuhand. Jurisprudenz in Einzeldarstellungen Bd. 9. Göttingen 1963.
- Kohler, J., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band, Erster Teil: Schuldrecht. Berlin 1906.
- Koppensteiner, H.-G., Probleme des bereicherungsrechtlichen Wertersatzes. NJW 1971, S. 588, 1769.
- Koppensteiner, H.-G./Kramer, E. A., Ungerechtfertigte Bereicherung. Berlin, New York 1975.
- Kraft, A., Zur rechtlichen Problematik der Schmiergelder - BGHZ 39, 1. JuS 1969, S. 473.
- Krautwig, W., Ansprüche aus Eingriffskonklition und unerlaubter Eigengeschäftsführung bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts. Köln 1969.
- Kreß, H., Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts. München 1929.

- Kübel, F. Ph. F. von, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 2. Buch. Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1882. Zit.: Vorentwurf Schuldrecht.
- Kunkel, W., Anmerkung zu RG vom 11. 10. 1932 II JW 1933, S. 42 (= RGZ 138, 45), JW 1933, S. 42.
- Kurz, I., Der Besitz als möglicher Gegenstand der Eingriffskondiktion. Juristische Studien. Herausgegeben von der Rechtswissenschaftlichen Abteilung der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen Bd. 15. Tübingen 1969.
- Lange, H., Zur Umstellung der Bereicherung. NJW 1951, S. 685.
- Larenz, K., Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. München 1977.
- ders. Lehrbuch des Schuldrechts. II. Bd.: Besonderer Teil. 11. Aufl. 1977.
- ders. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 4. Aufl. Berlin, Heidelberg, New York 1979.
- ders. Zur Bedeutung des "Wertersatzes" im Bereicherungsrecht. In: Festschrift für Ernst von Caemmerer. Herausgegeben von Hans Claudius Ficker u.a., Tübingen 1978.
- Leonhard, F., Besonderes Schuldrecht des BGB. München, Leipzig 1931.
- Lieb, M., Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichem Güterstand. Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 31. Tübingen 1970.
- ders. Nutzungsmöglichkeiten als Gegenstand von Bereicherungsansprüchen. NJW 1971, S. 1289.
- Lindenmaier, F., Die Herausgabe des Verletzergewinns. ZAKDR 1936, S. 163.
- ders. Das Patentgesetz. 6. Aufl. Herausgegeben von Ulrich Weiss. Köln, Berlin, Bonn, München 1973.
- Loewenheim, U., Anmerkung zu BGH vom 8. 11. 1965 (VIII) = NJW 1966, S. 446, NJW 1966, S. 971.
- ders. Möglichkeiten der dreifachen Berechnung des Schadens im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb. ZHR 135 (1971), S. 97.
- Lopau, E., Surrogationsansprüche und Bereicherungsrecht. Schriften zum Bürgerlichen Recht Bd. 4, Berlin 1971.

- Lübtow, U. von, Beiträge zur Lehre von der *Condictio* nach römischem und geltendem Recht. Studien zum römischen und bürgerlichen Recht Bd. I. Berlin 1952.
- Lutz, L., Die erweiterte Schadensberechnung: Dogmatische Grundlagen und Anwendungsbereich im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht. Tübingen 1974.
- Maitland, F. W., *The Forms of Action at Common Law*, Cambridge 1971.
- Mayr, R. von, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts. Leipzig 1903.
- ders., *Die Condictio des Römischen Privatrechts*. Leipzig 1900.
- Medicus, D., Anmerkung zu LG Lüneburg vom 6. 11. 1969, NJW 1970, S. 665.
- ders., Anmerkung zu BGH vom 7. 1. 1971 (VII) FamRZ 1971, S. 247 (= BGHZ 55, 128), FamRZ 1971, S. 250.
- ders., Bürgerliches Recht. 9. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1979.
- Meischeider, E., Die alten Streitfragen gegenüber dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. In: Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Herausgegeben von E. J. Bekker und O. Fischer, Heft 3, Berlin und Leipzig 1889.
- Mestmäcker, E.-J., Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung. JZ 1958, S. 521.
- Michaelis, K., Praktisches Handbuch des amerikanischen Patentrechts. 2. Aufl. Berlin 1932.
- MPI - Gutachten, Die materielle Gültigkeit von Kaufverträgen. Gutachten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht. Bd. I: Abhandlung. Berlin, Tübingen 1968.
- Mommsen, F., Erörterungen über die Regel: *Commodum ejus esse debet, cujus periculum est*. Braunschweig 1859.
- Monaghan, H., *Constructive Trust and Equitable Lien: Status of the Conscious and the Innocent Wrongdoer in Equity*. 38 Detroit L.J. (1960) 10.
- MünchKommBürgerlG, MünchKommBürgerlG Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1: Allgemeiner Teil (§§ 1-240), AGB-Gesetz. München 1978.

- Mugdan, B., Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. II. Bd.: Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899. III. Bd.: Sachenrecht. Berlin 1899.
- Munkman, J. H., The Law of Quasi-Contracts. London 1950.
- Nikisch, A., Arbeitsrecht. I. Bd., Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht. 3. Aufl. Tübingen 1961.
- Nipperdey, H. C., Anmerkung zu BGH vom 13.5.1955 (V) = MDR 1955, S. 539, MDR 1955, S. 663.
- Notes Bankruptcy and Article Two of the Uniform Commercial Code: the Right to Recover Goods upon Insolvency. 79 Harv.L.Rev. (1965-66) 598.
- Constructive Trust in Suits Against Directors. 55 Yale L.J. (1945 - 46), 593.
- The Enforcement of Rights Against Patent Infringers. 72 Harv.L.Rev. (1958 - 59), 328.
- Oakley, A. J., Has the Constructive trust become a general equitable remedy? Current Legal Problems. Vol. 26 (1973), 17.
- Oertmann, P., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse. 2. Abt. §§ 433-853. 5. Aufl. Berlin 1929.
- Orth, S., Die Bereicherung im Patentrecht. Marburg 1928.
- Ostendorf, H., Die Be- und Entreicherung beim ungerechtfertigten Verbrauch und Gebrauch von Gegenständen und Leistungen. Kiel 1972.
- ders. Noch einmal: Die Bereicherung beim Gebrauch fremder Vermögensgüter. JuS 1974, S. 447.
- ders. Der Vermögensbegriff im Bereicherungs- und Schadensrecht. BB 1973, S. 822.
- Palandt, O., Bürgerliches Gesetzbuch. Kurz-Kommentar. 39. Aufl. München 1980.
- Palmer, G. E., Mistake and Unjust Enrichment. Columbus 1962.
- Pankow, Th., Der Wertersatz im Bereicherungsrecht. Berlin 1972.
- Pawlowski, H.-M., Die Ansprüche des Vermieters eines Kraftfahrzeugs gegen den minderjährigen Mieter - OLG Hamm NJW 1966, S. 2357. JuS 1967, S. 302.

- Perillo, J. M., Restitution in a Contractual Context. 73 Col.L.Rev. (1973), 1208.
- Pietzner, R., Auskunft, Rechnungslegung und Schadensersatz bei wettbewerbswidrigen Eingriffen in fremde Firmenrechte. GRUR 1972, S. 153.
- Pinger, W., Wertersatz im Bereicherungsrecht. MDR 1972, S. 101 (I), S. 187 (II).
- Pinzger Der Bereicherungsanspruch im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht. GRUR 1927, S. 269.
- Planck Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Nebst Einführungsgesetz. II Bd., 2. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (Besonderer Teil). 4. Aufl. Berlin, Leipzig 1928.
- Pound, R., The Progress of the Law, 1918-1919. Equity. 33 Harv.L.Rev. (1919-1920), 420.
- Prosser, W. L., Handbook of the Law of Torts. 4th ed. St. Paul 1871.
- Prosser, W. L./ Wade, J. W., Cases and Materials on Torts. 5th ed. Mineola, New York 1971.
- Raiser, L., Eigentum. In: Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes. II. Bd. Berlin 1929.
- ders. Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht. JZ 1961, S. 465.
- Ramm Die Anfechtung des Arbeitsvertrags. Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 4. Karlsruhe 1955.
- Reeb, H., Grundfälle zum Bereicherungsrecht. 1. Teil: Die bereicherungsrechtlichen Anspruchsgrundlagen. II. Die Nichtleistungskondiktion. = (Eingriffskondiktion) des § 812 I 1, 2. Var. als zweiter Grundtatbestand. JuS 1973, S. 92.
- ders. Grundprobleme des Bereicherungsrechts. Schriftenreihe der Juristischen Schulung Heft 38. München 1975.
- Recent Cases, Constructive trust - Constructive Trust Held Not to Attach to Proceeds of Stock Purchased with Profits Obtained by a Fiduciary from Sale to Corporation. 58 Harv.L.Rev. (1944-45), 880.
- Recent Decisions, Trust - Constructive Trust Held Not to Apply to Subsequent Profits Gained by Misappropriating Fiduciary Through Original Illegal Profits. 31 Va.L.Rev. (1944-45), 961.

- Recent Important Decisions Quasi Contracts - Recovery for Past Performance not Benefiting Defendant. 26 Mich.L.Rev. (1927-28), 942.
- Reichs-Justizamt, Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, gefertigt im Reichs-Justizamt. Bd. II: Äußerungen zum Recht der Schuldverhältnisse. (Neudruck der Ausgabe von 1890). Osnabrück 1967.
- Reimer, E., Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz. Systematischer Kommentar. 3. Aufl. Köln, Berlin, Bonn, München 1968.
- Remington, H., A Treatise on the Bankruptcy Law of the United States. Vol. 5 A. 5th ed. Rochester 1953.
- Renfrew, Ch. B., Restitution - Waiver of Tort and Suit in Assumpsit - Amount of Recovery Where There Has Been a Sale. 55 Mich.L.Rev. (1956), 143.
- RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes. Kommentar. Herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes. = Bd. II, 1. Teil §§ 241-413, 1976.
Bd. II, 4. Teil §§ 631-811, 1978.
1. Lieferung §§ 812-822, 1974. 12. Aufl. Berlin, New York.
- Rheinstein, M., Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht. Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht Heft 5. Berlin, Leipzig 1932.
- Rittberg, F.-W. von Die aufgedrängte Bereicherung. München 1969.
- Römer, G., Ist § 281 BGB auf das durch Rechtsgeschäft erlangte Entgelt anwendbar? AcP 119 (1920), S. 293.
- Rötelmann, Wucherungen im Patentrecht. NJW 1954, S. 1222.
- Rosenberg, L./ Schwab, K. H., Zivilprozeßrecht. 12. Aufl. München 1977.
- Rosenberg, P. D., Patient Law Fundamentals. New York 1975.
- Roth, G. H., Vorteil, Schaden und Wert im Bereicherungsrecht. In: Recht und Staat. Festschrift für Günther Küchenhoff. 1. Wahlbande. Herausgegeben von H. Hablitzel und M. Wollenschläger. Berlin 1972.

- Rothoef, D., Rezension von H. H. Jakobs: Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung. AcP 166 (1966), S. 246.
- Rümker, D., Das Tatbestandsmerkmal "ohne rechtlichen Grund" im Bereich der Eingriffskondiktion. Kieler rechtswissenschaftliche Abhandlungen Nr. 12. Hamburg 1972.
- Savigny, F. C. von, System des heutigen Römischen Rechts. Bd. IV. u. V. Berlin 1841.
- Schäfer, E., Die Unternehmung. 8. Aufl. 1974.
- Schlechtriem, P., Inhalt und systematischer Standort des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. DRiZ 1975, S. 65.
- Schmidt-Salzer, J., Zur Technik der topischen Rechtsbildung: Angemessene Lizenzgebühr und Verletzerge Gewinn als Grundlagen der Schadensberechnung. JR 1969, S. 81.
- Schnitzler, E., Unbeachtlichkeit des Bereicherungswegfalls trotz guten Glaubens? JZ 1972, S. 270.
- Schönke, A./
Baur, F., Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht. 10. Aufl. Karlsruhe 1978.
- Schubert, W., Windscheid und das Bereicherungsrecht des 1. Entwurfs des BGB. In: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. Bd. 92 (1975), S. 186.
- Schuler, H., Bereicherungsprobleme der §§ 816, 951 BGB. NJW 1962, S. 1842.
- Schulz, F., System der Rechte auf den Eingriffserwerb. AcP 105 (1909), S. 1.
- Scott, A. W., The Law of Trust. Vol. III, IV, V. 3rd ed. Boston, Toronto 1967.
- Seavey, W. A., Embezzlement by agent of two principals: contribution? 64 Harv.L.Rev. (1950-51), 431.
- Seavey, W. A./
Scott, A. W., Restitution. 54 L.Q.Rev. (1938), 29.
- Siber, H., Schuldrecht. Bd. II. Leipzig 1931.
- Sinclair, K., Liability for Copyright Infringement - Handling Innocence in a Strict-Liability Context. 58 Cal.L.Rev. (1970), 941.
- Soergel - Siebert, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I: Allgemeiner Teil (§§ 1-240), 11. Aufl. 1978; Bd. II: Schuldrecht I (§§ 241-610), 10. Aufl. 1967; Bd. III: Schuldrecht II (§§ 611-853), 10. Aufl. 1969. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz.

- Söllner, A., Arbeitsrecht, 5. Aufl. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1976.
- Staudinger, J. V., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. Bd. I.; Allgemeiner Teil. 11. Aufl. 1957. Bd. II.: Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1c §§ 249-327. 10./11. Aufl. 1967. Bd. II.: Recht der Schuldverhältnisse, 3. Teil. §§ 611-704. 11. Aufl. 1958. Bd. II.: Recht der Schuldverhältnisse, 4. Teil. §§ 705-822. 10./11. Aufl. 1975. Berlin.
- Stieve, A., Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Straßburg 1899.
- Stoljar, S., The Law of Quasi-Contract. Sydney, Melbourne, Brisbane 1964.
- Stoll, H., Consequences of Liability: Remedies. Vol. XI "Torts", Chapter 8 der "International Encyclopedia of Comparative Law". Tübingen, Paris, New York.
- Street, H., The Law of Torts. 5th ed. London 1972.
- Teichmann, A., Die Flugreise-Entscheidung - BGHZ 55, 128. JuS 1972, S. 247.
- Teller, L., Restitution as an Alternative Remedy for a Tort. 2 N.Y. Law Forum (1956), 40.
- Thurston, E. S., Recent developments in restitution: Rescission and reformation for mistake, including misrepresentation. 46 Mich. L.Rev. (1947), 1037.
- Tuhr, A. von, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. II. Bd., 2. Hälfte. München, Leipzig 1918.
- Ulmer, E., Urheber- und Verlagsrecht. 2. Aufl. Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960.
- Wade, J. W., Cases and Materials on Restitution. 2nd ed. Brooklyn 1966.
- ders., The Literature of the Law of Restitution. 19 Hastings L.J. (1968), 1087.
- Waters, D. W. M., The Constructive Trust - The Case for a New Approach in English Law. London 1964.
- Weitnauer, H., Die bewußte und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens. NJW 1974, 1729.
- Wengler, W., Surrogation. In: Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes. VI. Bd. Berlin 1938.

- Westermann, H., Sachenrecht. 5. Aufl. Karlsruhe 1973.
- White, B./ Robin, J., Kerby's Law of the Trade Marks and Trade Names. 10th ed. London 1972.
- White, J. J./
Summers, R. S., Handbook of the Law under the Uniform Commercial Code. St. Paul 1972.
- Wilburg, W., Gläubigerordnung und Wertverfolgung. Jur. Bl. 1949, S. 29.
- ders. Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht. Graz 1934.
- ders. Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts. AcP 163 (1964), S. 346.
- Wilhelm, J., Das Merkmal "auf Kosten" als notwendiges Kriterium der Leistungskondition. JuS 1973, S. 1.
- ders. Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung. Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen. Bd. 100. Bonn 1973.
- Williston, S., A Treatise on the Law of Contracts. 3rd ed. by W. H. E. Jaeger. Vol. 1 (1957), 2 (1957), 11 (1968), 12 (1970), 13 (1970), Mount Kisco N.Y.
- Windscheid, B., Lehrbuch des Pandektenrechts. II. Bd. 9. Aufl. unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts, bearbeitet von Th. Kipp. Frankfurt a.M. 1906.
- Winfield, P. H., The Law of Quasi-Contracts. London 1952.
- ders. Selected Legal Essays. London 1952.
- Wolff, M./ Raiser, L., Sachenrecht. 10. Bearbeitung. Tübingen 1957.
- Woodward, F. C., The Law of Quasi-Contracts. Boston 1913.
- York, K. H., Extension of Restitutional Remedies in the Tort Field. 4 UCLA L.Rev. (1957), 499.
- Zweigert, K./
Kötz, H., Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts. Bd. I: Grundlagen. Tübingen 1971; Bd. II: Institutionen. Tübingen 1969.

ERGÄNZUNG (Literaturverzeichnis)

- Baur, F., Lehrbuch des Sachenrechts, 10. Aufl.
München 1978.
- Heck, P., Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930.
- Jauernig/
Schlechtriem/Stürner/
Teichmann/Vollkommer, Bürgerliches Gesetzbuch, München 1979.
- Schlechtriem, P., Bereicherung aus fremden Persönlichkeitsrecht.
In: Festschrift für Wolfgang Hefermehl.
Herausgegeben von Robert Fischer u. a.,
München 1976. S. 445.
- Staudinger, J. V., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und
dem Einführungsgesetz. 12 Aufl., 1. Buch
§§ 90 - 240, erläutert von H. Dilcher 1979,
2. Buch §§ 812 - 822, erläutert von W. Lorenz
1979, Berlin.

Verzeichnis der zitierten amerikanischen Entscheidungen

Ablah v Eyman 188 Kan. 665, 365 P.2d 181 (1961)	24, 63, 71.
American Smelting & Refining Co. 63 Ariz. 204, 160 P.2d 757 (1945)	64.
American Sugar Refining Co. v Fancher 145 N.Y. 552, 40 N.E. 206 (1895)	29, 31.
Andersen v Thude 25 P.2d 272 (Ariz. 1933)	70.
Andersen Equipment Co. v Findley 350 Pa. 29, 44 A.2d 265 (1945)	69, 70
Atlas Shoe Co. v Bechard 102 Me. 197, 66 A. 390 (1906)	14, 43
Automatic Laundry Service v Demas 216 Md. 544, 141 A.2d 497 (1958)	97.
Baird v Howard 51 Oh.St. 57, 36 N.E. 732 (1894)	43.
Baker v Brown's Estate 294 S.W.2d 22 (Miss. 1956)	53.
Bank of America Nat. Trust & Savings ASS'N v Hill 9 Cal.2d 495, 71 P.2d 258 (1937)	70
Barclay Brass & Aluminium Foundry Inc. v Resnick 35 Wis.2d 620, 151 N.W.2d 648 (1967)	50.
Barnes v Eastern and Western Lumber Co. 287 P.2d 929 (Ore. 1955)	77
Baumel v Rosen 283 F.Supp.2d 168 (Maryland 1968)	29, 45, 48.
Beard v West Manor Apartments 130 A.2d 556 (Del. 1957)	17, 38.
Beatty v Guggenheim Explo. 225 N.Y. 380, 122 N.E. 378 (1919)	28
Bellefeuille v Medeiros 335 Mass. 267, 139 N.E.2d 413 (1957)	18.
Bennet Leasing Co. v Ellison 15 Utah2d 72, 387 P.2d 246, 21 A.R.L.3d 1 (1963)	61.
Berman v Herrick 346 F.2d 116 (C.C.S. 3rd Cir. 1965)	53, 55.
Berthold-Jennings Co. v St. Louis I.M. & S.R. Co. 80 F.2d 32, 102 A.L.R. 688 (C.C.A. 8th Cir. 1935)	32.
Bierschwale v Oakes 497 S.W.2d 506, rev'd 516 S.W.2d 125 (Tex. 1974)	87, 88, 89, 79.

Bignold v King Country 399 P.2d 611 (Wash. 1965)	57.
Blazer v Black 196 F.2d 139 (C.C.A. 10th Cir. 1952)	75, 87, 88.
Bloomquist v Farson 222 N.Y. 375, 118 N.E. 855 (1918)	47.
Broadway Furniture v Bates 91 S.W.2d 300 (Tenn. 1936)	68, 78.
Brodie v Barnes 56 Cal.App.2d 315, 132 P.2d 595 (1942)	33.
Brooks v Britnell 183 So.2d 434 (. 1966)	54.
Brooks v Conston 356 Pa. 69, 51 A.2d 684 (1947), rev'd 364 Pa. 256, 72 A.2d 75 (1950)	83, 88, 99.
Buckley v Second Nat. Bank of N. J. City 35 N.J.L. 400, 10 Am.Rep. 249 (1872)	92.
Bunkers v Guernsey 41 S.D. 381, 170 N.W. 632 (1919)	40.
McCall c Superior Court 36 P.2d 642, 95 A.L.R. 1009 (1934)	17, 18, 38, 70.
Campbell v TVA 421 F.2d 293 (C.C.A. 5th Cir. 1969)	52, 53.
Canadian Ingersoll - Rand Co. v D. Lovemans & Sons, Inc. 227 F.Supp. 829 (Ohio 1964)	94.
Canepa v Sun Pacific Inc. 126 Cal.App.2d 706, 272 P.2d 860 (1954)	41, 48.
Carpenter v Grow 247 Mass. 133, 141 N.E. 859 (1923)	66, 77, 86, 89.
Casey v Kastel 237 N.Y. 305, 142 N.E. 671, 31 A.L.R. 995 (1924)	17, 25, 43.
Central Steel Erection C. v Will 304 F.2d 548 (C.C.A. 9th Cir. 1962)	57.
Cetkowski v Kuntson 163 Minn. 492, 204 N.W. 528 (1925)	49.
Chapman v Cole 12 Gray 141, 71 Am.Dec. 739 (Mass. 1858)	25.
City of Gainesville v Edwards 112 Ga.App. 672, 145 S.E.2d 715 (1965)	53, 55.
City of Seattle v Walker 87 Wash. 609, 152 P. 330 (1915)	38.
Cochrane v Nelson 45 S.D. 609, 189 N.W. 700 (1922)	14, 47.
Coleman Engineering Co. v North American Aviation 65 Cal.2d 396, 55 Cal.Rptr. 1, 420 P.2d 713 (1966)	60.

Columbia Nastri & Carta Carbone v Columbia R. & C.M.F.G. Co. 367 F.2d 308 (C.C.A. 2nd Cir. 1966)	47, 49, 61.
Conan v A.C. Allyn & Co. 243 N.W. 400 (Wis. 1932)	38, 42.
Corp. of Pres. Chruch v Jolley 24 Utah2d 187, 467 P.2d 984 (1970)	28.
Cotrell v Gerson 296 Ill.App. 412, 16 N.E.2d 529 (1932)	50.
Creach v Ralph Nichols Co. 37 Tenn.App. 586, 267 S.W.2d 132 (1954)	68.
Crown Cycle v Brown 39 Ore. 285, 64 P. 451 (1901)	42.
Daugherty v Daugherty 57 N.E.2d 599 (Ind. 1944)	46, 48.
Demms v Blanchard 150 Misc. 867, 270 N.Y.S. 700 (1934)	40.
Dentists' Supply Co. of N.Y. v Cornelius 281 App.Div. 306, 119 N.Y.S.2d 570 (1953), aff'd 306 N.Y. 622, 116 N.E.2d 238 (1953)	70.
Dewey v Commercial State Bank 41 P.2d 1006 (Kan. 1935)	31.
District of Columbia v Hamilton Nat. Bank 76 A.2d 60 (D.C. 1950)	70.
Dixon v Caldwell 15 Ohio St. 412 (1864)	97.
McDonald v First National Bank of McKeesport 353 Pa. 29, 44 A.2d 265 (1945)	69.
McDonalds Corporation v Moore 237 F.Supp. 874 (S.C. 1965)	12, 39, 40.
Edwards v Lee's Adm'R 265 Ky. 418, 96 S.W.2d 1028 (1936)	71, 97.
Eldridge v May 129 Me. 112, 150 A. 378 (1930)	15, 38.
Equity Co. v Groves 294 N.Y. 8, 60 N.E.2d 19 (1945)	33, 101.
Evans v Mason 82 Ariz. 40, 308 P.2d 245 (1957)	56.
Exchange Bank v Poindexter 19 P.2d 705 (Kan. 1933)	87.
Fabian v Wasatch Orchard Co. 41 Utah 404, 125 P. 860 (1908)	58.

Falk v Hoffmann 233 N.Y. 199, 135 N.E. 243 (1922)	29, 94.
Fargo Foundry Co. v Village of Callowa 148 Minn. 273, 181 N.W. 584 (1921)	55.
Farraud & Votey Organ Co. v Board of Church Extension of Methodist Episcopal Church 54 P. 818 (Utah 1898)	24, 44.
Fed. Sugar Ref. Co. v US Sugar Equalization Board 268 F. 575 (D.C.N.Y. 1920)	97.
Feiber v Copeland 232 App.Div. 504, 250 N.Y.S. 429 (1931)	38.
Felder v Reeth 34 F.2d 744 (C.C.A. 9th 1929)	69.
Ferrous Products Co. v Gulf States Trading Co. 323 S.W.2d 292 (Tex. 1959)	65.
Fitch v State 138 Conn. 434, 86 A.2d 718 (1952)	46.
Fitzgerald v Title Guarantee Trust Co. 290 N.Y. 376, 49 N.E.2d 489 (1943)	18.
Flannery v Glannery Bolt Co. 108 F.2d 531 (C.C.A. 3rd Cir. 1940)	97.
Fletcher v McArthur 117 F. 393 (C.C.A. 6th Cir. 1903)	96, 97.
Frier v J.W. Sales Co. 261 App.Div. 388, 25 N.Y.S.2d 576 (1941)	33, 97.
Ft. Wayne C. & L.R. Co. v Haberkorn 15 Ind.App. 479, 44 N.E. 322 (1896)	85.
Fur Wool & Trading Co. v Fox 245 N.Y. 215, 156 N.E. 670, 58 A.L.R. 181 (1927)	34, 97.
Furber v Stephens 35 F. 17 (C.C.Mo. 1888)	23, 30.
Mc Gaffee v McGaffee 56 N.W.2d 36 (Iowa 1952), rev'd 58 N.W. 357 (1953)	82, 88, 99.
Gavahan v Village of Shorewood 200 Ws. 429, 288 N.W. 497 (1930)	37.
General Motors Acceptance Co. v Larson 159 A. 819 (N.J. 1932)	31.
Georgia Railroad & Banking Co. v Smith 83 Ga. 620, 10 S.E. 235 (1889)	40.
Gowin v Heider 386 P.2d 1 (Ore. 1963)	43.

Grantham v Grantham 205 N.C. 363, 171 S.E. 331 (1933)	56.
Gray v Trick 243 Mich. 388, 220 N.W. 741 (1928)	47.
Great Western Smelting & Refining Co. v Evening News ASS'N 139 Mich. 55, 102 N.W. 286 (1905)	25.
Greenbaum v Baywood Homes 62 N.Y.S.2d 545 (1946)	18, 38.
Griffin v Booth 16 S.E. 294 (Ga. 1932)	49.
Guerin v Kirst 33 Cal.2d 402, 202 P.2d 10, 7 A.L.R.2d 922 (1949)	50.
Hall v Graham 112 Va. 560, 72 S.E. 105 (1911)	40.
Halver v Welle 266 P.2d 1053 (Wash. 1954)	39.
Hamilton - Brown Shoe Co. v Wolf Bros. & Co. 240 U.S. 251, 36 S.Ct. 269, 60 L.Ed. 629 (1916)	33, 101.
Harper v Adametz 142 Conn. 218, 113 A.2d 136, 55 A.L.R.2d 334 (1955)	94.
Hart v E.P. Dutton & Co. 197 Misc. 274, 93 N.Y.S.2d 871 (1949)	98.
Heilbronn v Herzog 165 N.Y. 98, 58 N.E. 759 (1900)	44.
Heinze v McKinnon 205 F. 366 (C.C.A. 2nd Cir. 1913)	67.
Heywood v Ziolo 91 Ariz. 309, 372 P.2d 200 (1962)	61.
Hill v Waxberg 237 F.2d 936 (C.C.A. 9th Cir. 1956)	52, 53.
Hixon v Allphin 76 Idaho 327, 281 P.2d 1042 (1955)	48, 77.
Hochman v Zigler's Inc. 50 A.2d 97 (N.J. 1946)	38.
Home Sav. Bank v Rolando 14 A.2d 822 (Rh.I. 1940)	12, 32, 39, 125.
Hotchkiss v Fischer 16 P.2d 531 (Kan. 1932)	75.
How J. Ryan & Associates, Inc. v Century Brewing Ass'n 55 P.2d 1053 (Wash. 1936)	97.
Huganir v Cotter 102 Wis. 323, 78 N.W. 423 (1899)	65.

Ingrim v Rankin 47 Wis. 406, 2 N.W. 755, 32 Am.Rep. 762 (1879)	67.
In Re Berry 147 F. 208 (C.C.A. 2nd Cir. 1906)	12, 31, 39, 74, 125.
In Re Moyer 190 F.Supp. 867 (Virg. 1960)	53.
Jacobson v Yaschik 155 S.E.2d 601 (S.C. 1967)	75.
Jacquith v Mason 156 N.W. 1041 (Neb. 1916)	75.
Janigan v Taylor 344 F.2d 781 (C.C.A. 6th Cir. 1965)	76, 88, 89, 96, 205.
Janiszewski v Behrmann 345 Mich. 8, 75 N.W.2d 77 (1956)	6, 67, 69, 70.
Jasper v Price 261 Mass. 103, 158 N.E. 504 (1927)	46.
Jensen v Probert 174 Ore. 143, 148 P.2d 248 (1944)	54.
John Berg v Associated Spinners 108 N.Y.S.2d 388 (1941)	18.
Johnson v First Nat. Bank 6 Hun. (N.Y.) 124 (1875)	92.
Johnson County Savings Bank v City of Creston 212 Iowa 929, 231 N.W. 705, 84 A.L.R. 926 (1930)	53, 55.
Jones Chemicals Inc. v City of Bingham 26 A.D.2d 710, 271 N.Y.S. 507, aff'd 20 N.Y.2d 808, 231 N.E.2d 288 (1967)	10.
Kearns v Andree 107 Conn. 181, 139 A. 695, 59 A.L.R. 599 (1928)	56, 59.
Kimmel v Peach 240 Mich. 697, 216 N.W. 374 (1927)	46, 78.
Knight Newspapers v Commissioner of Internal Revenue 143 F.2d 1007 (C.C.A. 6th Cir. 1944)	39.
Kronmeyer v Buck 258 Ill. 586, 101 N.E. 935 (1913)	46, 48.
Kruger v Block 114 Neb. 839, 211 N.W. 173 (1926)	46, 48.
Kubat v Zika 186 Minn. 122, 242 N.W. 477 (1932)	70.

McLain v Parker 229 Mo. 68, 129 S.W. 500 (1910)	40.
Lang v Girardo 40 N.E.2d 707 (Mass. 1942)	46, 48.
Lawson v O'Kelley 81 Ga.App. 883, 60 S.E.2d 380 (1950)	54.
Leary v Geller 224 N.Y. 56, 120 N.E. 31 (1918)	47.
Lee v Gram 105 Ore 58, 209 P. 474 (1922)	74.
Lemire v Haley 93 N.H. 206, 39 A.2d 10 (1944)	61.
Lightfoot v Davies 198 N.Y. 261, 91 N.E. 582, Am.St.Rep. 817 (1910)	34.
Los Angeles Drug Co. v Superior Court 8 Cal.2d 71, 63 P.2d 1124 (1936)	70.
Love v North American Co. 229 F. 103 (C.C.A. 8th Cir. 1915)	32.
Lydle v Scott 157 F.Supp. 729 (Ohio 1957)	17.
Macy v Day 346 S.W.2d 555 (Miss. 1961)	37.
Manly v Ohio Shoe Co. 25 F.2d 384, 59 A.L.R. 413 (C.C.A. 4th Cir. 1928)	30, 31.
Mansfield Hardwood Lumber Co. v Johnson 268 F.2d 369 (C.C.A. 5th Cir. 1959)	77.
Manufacturer's Nat. Bank v Perry 144 Mass. 313, 11 N.E. 81 (1887)	40.
Marcus v Otis 169 F.ed 148 (C.C.A. 2nd Cir. 1948)	92, 101.
Martin v Campanaro 156 F.2d 127 (C.C.A. 2nd Cir. 1946)	52, 53.
Masser v Foxworthy 86 Colo. 313, 281 P. 360 (1929)	46.
Matarese v Moore - McCormack Lines 158 F.2d 631 (C.C.A. 2nd Cir. 1946)	60.
Mead v Ringling 266 Wis. 523, 64 N.W.2d 222, 65 N.W.2d 35 (1954)	56, 57.
Meem Haskins Coal Co. v Pratt 299 Ky 767, 187 S.W.2d 435 (1945)	54, 56.
Melton v Amar 358 P.2d 855 (Idaho 1961)	49.
Miekow v Faykus 297 S.W.2d 260 (Tex. 1956)	42.
Mile-O-Mo Fishing Club Inc. v Noble 62 Ill.App.2d 50, 210 N.E.2d 12 (1950)	27, 83.

Mill & Logging Supply Co. v West Tenino Lumber Co. 44 Wash.2d 102, 265 P.2d 807 (1954)	42.
Monroe Manufacturing Co. v U.S. 143 F.Supp. 449 (Mich. 1956)	56.
Munroe v Harriman 16 F.Supp. 341 (1935), aff'd 85 F.2d 493 (C.C.A. 2nd Cir. 1935)	47, 48, 78.
Murphy v Mitchell 254 Mass. 18, 149 N.E. 603 (1925)	56.
Murphy v The Brilliant Co. 323 Mass. 526, 83 N.E.2d 166 (1948)	14, 38.
Myzel v Fields 386 F.2d 718 (C.C.A. 8th Cir. 1967), cert. den. 390 U.S. 951, 19 L.Ed.2d 1143, 88 S.Ct. 1043 (1968)	47, 92.
National Crankshaft Co. v National Gas Industries Inc. 246 La. 395, 165 So.2d 1 (1964)	42.
National Life & Accident Ins. Co. v Probst 219 Ala. 437, 122 S. 656 (1929)	47.
Natural Gas Pipeline Co. v Harrington 246 F.2d 915 (C.C.A. 5th Cir. 1957)	40.
Navarra v M. Witmark & Sons 185 N.Y.S.2d 563 (1959)	98.
Neale v Akers 286 F. 903 (C.C.A. 4th Cir. 1923)	56.
Neale v Wright 130 Ky. 146, 112 S.W. 1115 (1908)	47.
Neel v Lang 236 Mass. 61, 127 N.E. 512 (1920)	46.
Nelson v Preston 200 Wis. 547, 55 N.W.2d 918 (1952)	54.
Newman v Newman 48 N.E.2d 455 (Ind. 1943)	81, 88.
Newton v Porter 69 N.Y. 133, 25 Am.Rep. 152 (1877)	28.
Nibler v Coltrane 275 S.W.2d 270 (Miss. 1955)	56.
Northern Trust Co. v Essaness Theatre Co. 348 Ill.App. 134, 108 N.E.2d 493	75.

Oliver v Oliver 118 Ga. 362, 45 S.E. 232 (1903)	75.
Olwell v Nye & Nissen Co. 26 Wash.2d 282, 173 P.2d 652, 109 A.L.R. 139 (1946)	71, 97.
Paar v City of Prescott 59 Ariz. 497, 130 P.2d 40 (1942)	97.
Passaic Valley Severage Com'Rs v Hoolbrook, Cabot & Rollins Co. 6 F.2d 721 (C.C.A. 3rd Cir. 1925)	17, 56.
Paularena v Superior Court 231 Cal.App.2d 906, 42 Cal.Rptr. 366 (1965)	18.
Peerless Glas Co. v Pacific Crockery & Tinware Co. 54 P. 101 (Cal. 1898)	41.
Peine v Murphy 377 P.2d 708 (Hawaii 1962)	80, 88, 89, 96.
People's Nat. Bank v Waggoner 117 S.E. 6 (N.C. 1923)	82.
Peter Pan Fabrics, Inc. v Puritan Dress Co. 207 F.Supp. 563 (N.Y. 1962)	98.
Phillips Petroleum Co. v Oldland 187 F.2d 780 (C.C.A. 10th Cir. 1951)	40.
Philpott v Superior Court 36 P.2d 635, 95 A.L.R. 990 (1934)	17, 38.
Phoenix Indem Co. v Sleide Stores 267 S.W.2d 732 (Ky. 1954)	39.
Piedmont Grocery Co. v Hawkins 98 S.E. 152, 4 A.L.R. 828 (W.Va. 1919)	70.
Pollack v Staunton 293 P.26 (Cal. 1930)	65.
Poole v Camden 79 W.Va. 310, 92 S.E. 454 (1916)	47.
Potucek v Cordeleria Lourdes 310 F.2d 527 (C.C.A. 10th Cir. 1962), cert. den. 372 U.S. 390, 83 S.Ct. 875, 9 L.Ed.2d 734 (1963)	32, 125.
Prager v New Jersey Fidelity & Plate Glass Ins. Co. 245 N.Y. 1, 156 N.E. 76, 52 A.L.R. 193 (1927)	61.
Proctor v Sagamore Bfg Game Club 265 F.2d 196 (C.C.A. 3rd Cir. 1959) cert. den 361 U.S. 831.	46.
Pullman's Palace Car Co. v Central Transport Co. 171 U.S. 138, 18 S.Ct. 808, 43 L.Ed. 108 (1898)	84.

Raven Red Ash Coal v Ball 185 Va. 534, 39 S.E.2d 231, 167 A.L.R. 785 (1946)	72.
Re Arbuckle's Estate 98 Cal.App.2d 562, 220 P.2d 950, 23 A.L.R.2d 372 (1950)	88.
Re Bangor Trust Co. 317 Pa. 495, 178 A. 290 (1935)	31, 100, 125.
Robertson v King 280 S.W.2d 402, 52 A.L.R.2d 1108 (Ark. 1955)	17.
Rogers v Warden 20 Cal.2d 286, 125 P.2d 7 (1942)	47.
Saville v Wetch 58 Vt. 683, 5 A. 491 (1886)	24
Schechter v Friedman 141 N.J.Eq. 318, 57 A.ed 251 (1948)	97.
Scott v Freedom Development Co. 219 N.Y.S.2d 494 (1961)	46.
Second National Bank of Toledo v M. Samuel & Sons 12 F.2d 963, 53 A.L.R. 49 (C.C.A. 2nd Cir. 1926)	41.
Seneca Wire & MFG Co. v A.B. Leach & Co. 247 N.Y. 1, 159 N.E. 700 (1928)	38.
Severns v Boylan 75 Ohio App. 15, 60 N.E.2d 521 (1944)	17, 24.
Shapiro v Soloman 42 N.J. Super 377, 126 A.2d 654 (1956)	9, 52, 54, 56.
Shapiro, Bernstein & Co. v H.L. Green Co. 316 F.2d 304 (C.C.A. 2nd Cir. 1963)	98.
Sher v Sandler 90 N.E.2d 536 (Mass. 1950)	47.
Sherwood v Walker 66 Mich. 568, 33 N.W. 919, 11 Am.St.Rep. 531 (1887)	10.
Short & Walls Lumber Co. v Blome 75 A.2d 234 (Del. 1950)	43.
Sibley v Willard 31 Minn. 201, 17 N.W. 337 (1883)	40.
Siebert v Smith 239 P. 396 (Nev. 1925)	56.
Siegman v Siegman 62 P.2d 16 (Ore. 1936)	70.
Sisson v Hill 18 R.I. 212, 26 A. 196 (1893)	44.
Smith v Pritchett 98 Ala. 649, 13 S. 569 (1893)	61.
Smith v Ryan 191 N.Y. 452, 84 N.E. 402 (1908)	46.

Southern Coal Co. v McAlpine Cial Co. 56 P.2d 413 (Okla. 1936)	31.
Speed v Transamerican Co. 135 F.Supp. 176, 235 F.2d 369 (C.C.A. 3rd Cir.1956)	77.
Sprattin, Harrington & Thomas v Hawn 116 Ga.App. 175, 156 S.E.2d 402 (1967)	94.
Springfield Loan Co. v National Guarantee & F. Co. 63 Ohio App. 508, 27 N.E.2d 257 (1939)	50.
Steel Motor Service v Zalke 212 F.2d 856, 48 A.L.R.2d 1045 (C.C.A. 6th Cir. 1954)	50.
Stein v Cherry 158 Pa.Super. 329, 44 A.2d 846 (1945)	69, 70.
Stewart v Harris 77 P. 277 (Kan. 1904)	75.
Stewart v Joyce 205 Mass. 371, 91 N.E. 555 (1910)	47.
St. Louis & San Francisco Railroad Co. v Spiller 274 U.S. 304, 47 S.Ct. 635, 71 L.Ed. 1060 (1927)	32.
Stong v Lane 66 Minn. 94, 68 N.W. 765 (1896)	9.
Stout v Smith 4 N.C.App. 81, 165 S.E.2d 789 (1969)	52, 53.
Stowell Motor Car Co. v Hull 117 Misc.Rep. 789, 119 N.Y.S. 570 (1921)	17, 42.
Sullivan's ADM'R v Sullivan 248 Ky. 744, 59 S.W.2d 999 (1933)	56.
Sutton v Ford 220 S.W.2d 125 (Ark. 1949)	82.
Taylor v Brown 92 Ohio St. 287, 110 N.E. 739 (1915)	17.
Terry v Munger 121 N.Y. 161, 24 N.E. 272 (1890)	69.
Thompson v Peck 115 Ind. 512, 18 N.E. 16 (1888)	30.
Thormer v Lexington Mail Order Co. 241 N.C. 249, 85 S.E.2d 140 (1954)	53.
Thurston v Nutter 125 Me. 411, 134 A. 506, 47 A.L.R. 1156 (1926)	56.
Treasurer and Receiver General v Skeehan 288 Mass. 468, 193 N.E. 46 (1934)	70.

Turner & Otis v Webster 24 Kan. 38 (1880)	56.
Twohing v Lawrence Warehouse Co. 118 F.Supp. 322 (Iowa 1954)	40.
Tyler v Larson 106 Cal.App.2d 317, 235 P.2d 39 (1951)	11, 12, 35, 46.
Vickery v Ritchie 202 Mass. 247, 88 N.E. 835 (1909)	56.
Wagner v Blankenship 250 P.2d 464 (Okla. 1952)	70.
Walter v Herzfeld 135 So. 453 (Ala. 1931)	46.
Ward v Taggart 51 Cal.2d 736, 336 P.2d 534 (1959)	94.
Watkins v Gorlick 323 P.2d 649 (Wash. 1958)	31.
Whalen v Schumacher 176 Wis. 441, 187 N.W. 169 (1922)	35.
White v White 346 Mass. 76, 190 N.E.2d 102 (1963)	47.
Williams v Logue 154 Miss. 74, 122 S. 490 (1929)	77.
Wise v Midtown Motors 231 Minn. 46, 42 N.W.2d 404, 20 A.L.R.2d 735 (1950)	56.
Witmer v Brosius' Estate 184 Kan. 273, 336 P.2d 455 (1959)	5, 48, 53.
Wyche v Perrin 228 S.W.2d 330 (Tex. 1950)	56.
Wyndham Inc. v Wilmington Co. 5 Del.Super. 224, 59 A.2d 456 (1948)	43, 50.

Verzeichnis der zitierten englischen Entscheidungen

Baylis v Bishop of London (1913) 1 Ch. 127	22
Bilbie v Lumley 2 East. 469, 102 Eng. Rep. 448 (1802)	12
Bonnel v Foulke 2 Sid. 4, 82 Eng. Rep. 1224 (K.B. 1657)	21
Edelsten v Edelsten 46 E.R. (= Eng. Rep.) 72 (1863)	92, 98
Engram v Little 1 Q.B. 31 (1961)	24
Keech v Sandford 25 Eng. Rep. 223 (Ch. 1726)	27
Lamine v Dorrel (1706) 2 Id. Raym. 1216	63
Moses v MacFerlan 2 Burr. 1005, 97 Eng. Rep. 1224 (K.B. 1760)	6, 21
Phillips v Homfray (1883) 24 Ch.D. 439	72
Re Francis (1905) AU.E.R. 556	27
Slade's Case 4 Co. Rep. 92 b, 76 Eng. Rep. 1072 (K.B. 1603)	21
Warbrook v Griffin 2 Brownl. 254, 123 Eng. Rep. 927 (Comm. pl. 1609)	21
Woodward v Ashton (1676) 2 Mod. Rep. 95, 86 Eng. Rep. 1961	63

Abkürzungsverzeichnis

A.	Atlantic Reporter
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
abgedr.	abgedruckt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
A.D.	Appellate Division, New York Supreme Court
a.E.	am Ende
aff'd	affirmed
AktG	Aktiengesetz
Ala.	Alabama; Alabama Reports
All. E.R.	The All England Law Reports
Allg. Teil	Allgemeiner Teil
A.L.R.	American Law Reports
Am. Dec.	American Decisions
Am. Jur.	American Jurisprudence
Am. Rep.	American Reports
Am. St. Rep.	American State Reports
AnfG	Anfechtungsgesetz
Anm.	Anmerkung
App. Div.	Appellate Division, New York
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
Ariz.	Arizona; Arizona Reports
Ark.	Arkansas; Arkansas Reports
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
bayr.	bayerisch
BayZ	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern
BB	Betriebs-Berater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBE	Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs
BGB-RGRK	Kommentar zum BGB, herausgegeben von Bundesrichtern

BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Ämtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Brownl.	Brownlow and Goldesborough, English Common Pleas Reports
B.T.	Besonderer Teil
Burr.	Burrow's English King's Bench Reports
Cal.	California; California Reports
Cal. App.	California Appellate Reports
Cal. Civ. Code	California Civil Code
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cal. Rptr.	California Reporter
C. C. A.	United States Circuit Court of Appeals
C. C. Mo.	United States Circuit Court of Appeals (Missouri)
cert. den.	certiorari denied
Ch.	Chancery Division (Law Reports)
Ch. D.	Chancery Division (Law Reports)
Cir.	Circuit
Col. L. Rev.	Columbia Law Review
Colo.	Colorado; Colorado Reports
Comm.	Comment
Comm. pl.	Common pleas
Conn.	Connecticut; Connecticut Reports
Co. Rep.	Coke's English King's Bench Reports
D	Digesten
D. C.	District of Columbia
D. C. N. Y.	United States District Court of New York
Del.	Delaware; Delaware Reports
Del. Super.	Delaware Superior Court Reports
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
diss. op.	dissenting opinion
DR	Deutsches Recht
DRIZ	Deutsche Richter-Zeitung
dt. R.	deutsches Recht

East.	East's King's Bench Reports
Eng. Rep.	English Reports
E. R.	English Reports
f. (f.)	folgende Seite(n), für
F.	Federal Reporter
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FN	Fußnote
F.Supp.	Federal Supplement
Ga.	Georgia; Georgia Reports
Ga. App.	Georgia Appeals
Ges. Schr.	Gesammelte Schriften
Gruchot	Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Großer Senat
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hast. L. J.	Hastings Law Journal
hess.	hessisch
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
Hun.	Hun's New York Supreme Court Reports
HuW	Hans und Wohnung
Ill.	Illustration
Ill. App.	Illinois Appeal Reports
Ill. L. Rev.	Illinois Law Review
Ind.	Indiana; Indiana Reports
Ind. App.	Indiana Appeals
i. V. m.	in Verbindung mit

Jh Jb	Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JMBlnRW	Justizministerialblatt Nordrhein-Westfalen
JR	Juristische Rundschau
Jur. Bl.	Juristische Blätter
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kan.	Kansas; Kansas Reports
K. B.	King's Bench (Law Reports)
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung
Ky	Kentucky; Kentucky Reports
La.	Louisiana; Louisiana Reports
LD. Raym.	Lord Raymond's English King's Bench Reports
L. Ed.	Lawyer's Edition Supreme Court Reports
LG	Landgericht
L. J.	Law Journal
LM	Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen; herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
L. Q. Rev.	Law Quarterly Review
L. Rev.	Law Review
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
Mass.	Massachusetts; Massachusetts Reports
Md.	Maryland; Maryland Reports
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Me.	Maine; Maine Reports
Mich.	Michigan; Michigan Reports
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Minn.	Minnesota; Minnesota Reports
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
Misc. (Rep.)	Miscellaneous Reports, New York
Miss.	Mississippi; Mississippi Reports
Mo.	Missouri; Missouri Reports

Mod. L. Rev.	Modern Law Review
Mod. Rep.	Modern Reports, English King's Bench
MPI	Max-Planck-Institut (für internationales und ausländisches Zivilrecht)
MünchKomm	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
N. C.	North Carolina; North Carolina Reports
N. C. App.	North Carolina Appeals
N. E.	North Eastern Reporter
Neb.	Nebraska; Nebraska Reports
Nev.	Nevada
N. H.	New Hampshire; New Hampshire Reports
N. J.	New Jersey
N. J. Eq.	New Jersey Equity Reports
N. J. L.	New Jersey Law Reports
N. J. Super.	New Jersey Superior Court Reports
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
N. W.	North Western Reporter
N. Y.	New York; New York Court of Appeals
N. Y. S.	New York Supplement
Ohio	Ohio; Ohio Reports
Oh. St.	Ohio State Reports
Okl.	Oklahoma; Oklahoma Reports
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Sammlung der Rechtsprechung der Oberlandes- gerichte
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
Ore.	Oregon; Oregon Reports
P.	Pacific Reporter
Pa.	Pennsylvania; Pennsylvania Reports
Pa. Super.	Pennsylvania Superior Court Reports
PatG	Patentgesetz
Paul.	Paulus

Plaut.	Plautus
pr. ALR	preußisches Allgemeines Landrecht
Q. B.	Queen's Bench Division (Law Reports)
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit
Rdnr.	Randnummer
Recht	Das Recht
Rest.	Restatement of the Law (of)
rev'd	revised
RG	Reichsgericht
RGZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rh. J.	Rhode Island; Rhode Island Reports
Röm. Abt.	Römische Abteilung
Rspr.	Rechtsprechung
RvHwb	Rechtsvergleichendes Handwörterbuch
S.	Seite
sächs. GB	sächsisches Gesetzbuch
SavZRG	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
S. C.	South Carolina; South Carolina Reports
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SchlOLG	Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht
Sch(uld)R	Schuldrecht
S. Ct.	Supreme Court Reporter
S. D.	South Dakota; South Dakota Reports
S. E.	South Eastern Reporter
Sel. Cas. t. King	Selected Cases in Chancery tempore King
Seuff. A.	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
Seuff. Bl.	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung in Bayern
Sid.	Siderfin's English King's Bench Reports
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung

So	Southern Reporter
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
StudK	Studienkommentar
s.u.	siehe unten
S. W.	South Western Reporter
Tenn.	Tennessee
Tenn. App.	Tennessee Appeals
Tex.	Texas; Texas Reports
Tit.	Titel
u. ä.	und ähnliches
UCC	Uniform Commercial Code
UCLA	University of California at Los Angeles
Ulp.	Ulpian
U. S.	United States Reports
U. S. C.	United States Code
v	versus
Va.	Virginia; Virginia Reports
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
Vt.	Vermont; Vermont Reports
Warn.	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichs- gerichts
Wash.	Washington; Washington Reports
Wis.	Wisconsin; Wisconsin Reports
w. Nachw.	weitere Nachweise
WM	Wertpapiermitteilungen
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
W. Va.	West Virginia; West Virginia Reports

Yale L. J. Yale Law Journal

ZAkdr Zeitschrift der Akademie für deutsches
Recht

z. B. zum Beispiel

ZHR Zeitschrift für das gesamte Handels- und
Konkursrecht

ZPO Zivilprozeßordnung

LEBENS LAUF

Am 25.8.1949 wurde ich als Sohn des Bankkaufmanns Johannes Jagmann und seiner Ehefrau Erna, geb. Koch, in Dachtmissen, Krs. Burgdorf/ Hann., geboren. Nach dem Besuch der Grundschule und des Hermann - Billung - Gymnasiums in Celle bestand ich 1968 die Reifeprüfung.

Anschließend habe ich neun Semester lang Rechtswissenschaften an den Universitäten Freiburg und Genf studiert. Im Sommer 1973 habe ich die Erste juristische Staatsprüfung, im Winter 1977 dann die Zweite juristische Staatsprüfung abgelegt. Im Januar 1978 trat ich in den Justizdienst des Landes Niedersachsen ein. Im Oktober 1979 wechselte ich in den Justizdienst des Landes Baden - Württemberg und bin nunmehr als Richter bei dem Amtsgericht Freiburg tätig.

Seit dem 16.8.1974 bin ich verheiratet.

